

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

**TIAGO DO VALE**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS  
OMISSIVOS: SUICÍDIO DE DETENTOS NO INTERIOR  
DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS MANTIDOS  
PELO PODER PÚBLICO.**

Brasília

2013

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

**TIAGO DO VALE**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS  
OMISSIVOS: SUICÍDIO DE DETENTOS NO INTERIOR  
DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS MANTIDOS  
PELO PODER PÚBLICO.**

Trabalho de Conclusão de  
Curso apresentado à  
Universidade de Brasília  
como requisito parcial  
para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

**Orientado: Prof. Dr. Mamede Said**

Brasília

2013

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a meus pais, Plínio e Riva, responsáveis diretos pelo meu ingresso na Universidade de Brasília, que foram pacientes e compreensivos ao longo desses anos de curso.

A meus irmãos, Felipe e Caroline, dos quais obtive o companheirismo necessário para essa caminhada.

Não poderia me olvidar, é claro, dos meus amigos que tanto me ajudaram a me manter no rumo certo, diante de algumas dificuldades, que me fortaleceram e contribuíram para meu amadurecimento.

Ao Professor Mamede Said, pela atenção e conhecimento dispensados durante a orientação.

## **RESUMO**

A responsabilidade civil do Estado percorreu um longo caminho até chegar ao estágio atual de desenvolvimento, indo desde a total irresponsabilidade até a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo. No Brasil, a responsabilidade civil do Estado está, atualmente, consagrada no artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988. Os pressupostos para a configuração da responsabilidade do Estado são o dano, a atuação do agente público e o nexo causal, sendo admitidas as seguintes excludentes: fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior e ainda, com aplicação restrita, a teoria da reserva do possível. A responsabilidade objetiva deve abranger também os atos omissivos do Estado, nos quais este tinha o dever específico de agir. Esse é o entendimento que deve ser aplicado para os casos de suicídios de detentos ocorridos no interior dos estabelecimentos prisionais mantidos pelo Poder Público, tendo em vista o dever de zelar pela integridade física e moral que incumbe ao Estado perante aqueles que se encontram encarcerados.

Palavras chave: Responsabilidade civil do Estado. Atos omissivos. Suicídio de detentos no interior dos estabelecimentos prisionais mantidos pelo Poder Público.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
Capítulo 1 – A responsabilidade civil do Estado .....	9
1. Conceito .....	9
2. Evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado.....	10
2.1. Panorama do Direito Brasileiro .....	16
3. Pressupostos ao direito de ação.....	18
3.1. Evento danoso.....	20
3.2. Nexo de causalidade material .....	24
3.2.1. Considerações gerais .....	24
3.2.2. A teoria da equivalência dos antecedentes.....	26
3.2.3. Teoria da causalidade adequada.....	26
3.3. A qualidade do agente na prática do ato.....	29
Capítulo 2 – Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos.....	32
4. Atos omissivos do ente público: A teoria da responsabilidade civil subjetiva .....	32
5. Omissão específica x Omissão genérica.....	38
6. Os atos omissivos do Estado e a reserva do possível. ....	45
7. Hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal .....	48
7.1. Fato exclusivo da vítima.....	49
7.2. Fato exclusivo de terceiro.....	49
7.3. Caso Fortuito e força maior .....	50
Capítulo 3 – A responsabilidade do Estado frente aos atos de suicídios ocorridos no interior de estabelecimentos prisionais mantidos pelo Estado.....	52

8. Introdução sobre o tema.....	52
9. Direitos e garantias fundamentais dos detentos.....	53
9.1. Lei de Execução Penal.....	56
10. Entendimento jurisprudencial nos casos de suicídio de detentos dentro dos estabelecimentos prisionais mantidos pelo Estado.....	59
CONCLUSÃO .....	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72

## INTRODUÇÃO

A responsabilização civil do Estado é um dos temas mais debatidos e suscitados no âmbito do Direito Administrativo. Teve seu domínio ampliado, na medida em que se desenvolveram inventos e descobertas, com reflexos na organização dos Estados, bem como nas relações humanas. A matéria, tendo em vista o alcance de seu campo de atuação, é fruto de divergências jurisprudenciais e doutrinárias, dificultando a elaboração de uma síntese conceitual a seu respeito.

O instituto vai desde a irresponsabilidade do Estado, época das monarquias absolutistas, percorrendo um caminho que nos leva até a teoria da responsabilidade objetiva aplicada atualmente, seguindo a tendência de alargamento da responsabilização do ente público que foi se consubstanciando juntamente com crescente reconhecimento pelas Constituições do século XX dos direitos fundamentais. No Brasil, especificamente, não experimentamos a teoria da irresponsabilidade do Estado. Aqui, a responsabilidade do Poder Público sempre foi aceita como princípio geral e fundamental de Direito. Adotamos, atualmente, a teoria do risco administrativo, cristalizada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Este trabalho tem por objeto o estudo da responsabilidade civil do Estado, especialmente, quanto à sua aplicação nos casos de suicídio de detentos, tendo em vista as recentes manifestações dos tribunais superiores relativas à matéria. Contudo, será necessário traçar o raciocínio que se extrai na avaliação da responsabilização do ente público por seus atos ou omissões, para que se possa analisar esses casos em concreto.

O estudo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo serão tratados os aspectos gerais da responsabilidade civil do Estado. Será feita uma análise da evolução histórica do instituto, abordando as principais características de suas fases. Posteriormente, será traçado o panorama desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Como ele foi recepcionado e como foi

evoluindo através das nossas Constituições. Feita essa abordagem inicial, serão analisados os pressupostos da responsabilidade civil a fim de discutir a possibilidade de aplicação do instituto nas diversas situações.

O segundo capítulo abordará a responsabilização do Estado por atos omissivos, fruto de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. A responsabilização do ente público por atos omissivos se divide entre aqueles que consideram que se trata de modalidade de responsabilidade subjetiva e aqueles que analisam a natureza da omissão, se genérica ou específica, para então aplicar a modalidade correspondente. Apresentaremos a posição doutrinária dos autores de maior influência, bem como será demonstrada a forma como os tribunais tem se posicionado nessa esfera. Considerando a alta incidência de ações versando sobre a responsabilização do Estado por atos omissivos, relacionaremos estes com a teoria da reserva do possível.

E, finalmente, no terceiro capítulo, trataremos especificamente da responsabilização do Estado por suicídio de detentos. Antes de adentrar na análise dos casos, traçaremos os direitos e garantias dos presidiários para que se possa dimensionar se, estão ou não, sendo efetivamente assegurados. Feita essa abordagem, será então possível analisar os casos de suicídio e a forma como a jurisprudência tem tratado o tema no que tange à possibilidade de responsabilizar o Estado.

Ao longo do estudo, pretendemos demonstrar que a forma como se concebeu a responsabilidade civil do Estado, segundo os moldes do artigo 37, § 6º, da Carta Magna vigente, deve abranger os eventos de suicídio de detentos no interior de estabelecimentos prisionais mantidos pelo Poder Público, tendo em vista a responsabilidade do Estado de zelar pela integridade física e moral destes, levando em conta a supressão do direito de liberdade que lhes foi acometida.



## **Capítulo 1 – A responsabilidade civil do Estado.**

### **1. Conceito**

A responsabilidade civil do Estado é a obrigação legal que a ele é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros em decorrência de sua atividade. É possível encontrar diferentes designações para a nomenclatura do instituto. Enquanto alguns se referem ao tema como responsabilidade civil do Estado, outros o denominam como responsabilidade civil da Administração Pública ou ainda associando as duas expressões com o termo “extracontratual”.

Talvez pela abrangência que a expressão “responsabilidade civil extracontratual do Estado” traz consigo, seria esta a mais adequada. Isso porque, quando se fala em responsabilidade civil do Estado, cogita-se dos três tipos de funções pelas quais se reveste o ente estatal – administrativa, jurisdicional e legislativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, trata a definição do instituto da seguinte maneira:

“Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.<sup>1</sup>

Observando outros doutrinadores, percebe-se que, conceitualmente, o conteúdo definido para o instituto da responsabilidade civil do Estado não costuma sofrer grandes variações. O ponto central, que se deve ter em mente, é a idéia de que a responsabilidade civil do Estado alcança todas as situações em que o exercício de atividades lícitas ou ilícitas desenvolvidas pelas pessoas jurídicas de direito público ou pelas pessoas jurídicas de direito privado

---

<sup>1</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo Editora Malheiros, 2010. P.993

prestadoras de serviços públicos viole direito dos particulares causando-lhes prejuízo material ou moral.<sup>2</sup>

## 2. Evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado

Para a compreensão da responsabilidade civil do Estado em sua conformação atual é interessante uma análise da evolução do instituto.

Apoiando-se no esquema proposto por Duez, citado por Yussef Said Cahali<sup>3</sup>, a evolução da teoria da responsabilidade apresenta três fases:

- “a) numa primeira fase, a questão inexistia. A irresponsabilidade aparece como axioma, e a existência de uma responsabilidade pecuniária da Administração é considerada como entrave perigoso à execução dos seus serviços; na ordem patrimonial, os administrados têm à sua disposição apenas uma ação de responsabilidade civil contra o funcionário;
- b) numa segunda fase, a questão se põe parcialmente no plano civilístico: para a dedução da responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se apelo às teorias do Código Civil, relativas aos atos dos prepostos e mandatários;
- c) numa terceira fase, a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público; uma concepção original, desapegada do direito civil, forma-se progressivamente no quadro jurídico da *faute* e do risco administrativo.”

A primeira fase, a da irresponsabilidade do Estado, remonta a um período em que o absolutismo não conferia conteúdo de validade à cidadania. Estratificada pela expressão “*the king can do no wrong*”, ou seja, o rei nunca erra e “*l’Etat c’est moi*”, o Estado sou eu, essa teoria firmava-se na soberania do Estado, que, por sua natureza irredutível, não permitia, em qualquer nível de relação, a responsabilidade do soberano perante o súdito. Não era plausível a idéia de reparação dos danos causados pelo Poder Público, tendo em vista a imunidade total de que gozava o Estado soberano.

Conforme ensinamentos de Cahali<sup>4</sup>, tais argumentos se enunciavam: a) quando o Estado exige a obediência de seus súditos, não o faz para fins próprios,

---

<sup>2</sup> FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2007. P. 1001

<sup>3</sup> CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 3.ed. São Paulo: RT, 2007. p.19

mas, justamente, para o bem dos mesmos; logo, de semelhante ato não lhe pode advir qualquer responsabilidade; b) não se justifica a ficção de que os funcionários administrativos sejam órgãos imediatos do estado e que, em consequência, os atos destes devam ser tidos como atos do Estado; este só é representado pelo chefe de governo; c) as relações jurídicas do mandato não podem ser aplicadas por analogia aos servidores do Estado, como se tem pretendido; d) a obrigação de indenizar tira, em regra, a sua razão de ser de uma culpa; ora, da escolha do funcionário só pode caber culpa ao Estado quando a pessoa nomeada for, sabidamente, indigna ou incapaz; semelhante culpa não pode ser absolutamente derivada do caráter representativo que tem o funcionário em relação ao Estado; Estado e funcionário são sujeitos diferentes, e por isso a culpa do funcionário não é culpa do Estado; e) o funcionário, seja agindo fora dos limites de seus poderes, ou sem a forma legal imposta à sua ação, ou mesmo abusando dela, não obriga com seu ato o Estado, porque não o representa; f) o Estado não pode prestar contra a sua própria autoridade.

Em suma, os administrados tinham apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, e não contra o Estado, que se mantinha distante do problema. Sustentava-se que o Estado e o funcionário são sujeitos diferentes, pelo que este último, mesmo agindo fora dos limites de seus poderes, ou abusando deles, não obrigava, com seu fato, a Administração.<sup>5</sup> Entretanto, consoante os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, isso não significava que a sociedade civil estivesse totalmente desamparada:

“Estas assertivas, contudo, não representavam completa desproteção dos administrados perante comportamentos unilaterais do Estado. Isto porque, de um lado, admitia-se a responsabilização quando leis específicas a previssem explicitamente (caso, na França, de danos oriundos de obras públicas, por disposição da Lei 28 pluvioso do Ano VIII); de outro lado, também se admitia a responsabilidade por danos resultantes da gestão do domínio privado do Estado, bem como os danos causados pelas coletividades públicas locais.”<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 3.ed. São Paulo: RT, 2007. p.20

<sup>5</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil – 10.ed.- São Paulo : Atlas, 2012.

<sup>6</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo Editora Malheiros, 2010. P.1001

A partir do final do século XIX, ganha força a evidência de que a teoria da irresponsabilidade representava negação do direito. Não se admitia mais a idéia de que o Estado seria o próprio direito, cabendo-lhe a tutela dele e que ao exercê-la, não atentaria, em situação alguma, contra a ordem jurídica. Como sujeito dotado de personalidade, o Estado é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, inexistindo motivos que possam justificar sua irresponsabilidade. É nesse momento que a teoria civilista da responsabilidade civil do Estado ganha adeptos e aos poucos sua lógica vai repelindo a teoria da irresponsabilidade.

A teoria civilista da responsabilidade civil numa primeira fase, adotando os princípios do direito civil, objetivava uma responsabilidade pecuniária do Poder Público, fazendo-se remissões aos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (patrão, amo ou comitente/preponente, representante, mandante), buscando distinguir ato de império e ato de gestão.<sup>7</sup>

Em se tratando de atos de império, nos quais estaria o Estado agindo no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supra-individual, com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade, estariam esses atos incólumes a qualquer julgamento e também insuscetíveis de gerar direito à reparação. Seriam atos *jure imperii* que exteriorizam as funções essenciais ou necessárias desempenhadas pelo Estado e que visam assegurar a existência do Poder Público, a manutenção de sua ordem constitucional e jurídica.

Na prática dos atos de gestão, *jure gestionis*, o Estado se equipararia ao particular, isto é, sua responsabilidade civil passaria a ser reconhecida como a de qualquer empresa privada, aplicando-se à Administração e ao particular o direito comum. Assim, em havendo culpa, a indenização seria devida. Caso contrário, não haveria o que se falar em ressarcimento do dano, conforme o que também disciplinava as relações particulares.

A fragilidade dessa teoria repousa na arbitrariedade da distinção entre um ato de gestão e um ato de império. Principalmente porque, no exercício de um

---

<sup>7</sup> NERY JUNIOR, Nelson e DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. Doutrinas essenciais. Responsabilidade civil, v.6 – São Paulo – Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 45

ato de gestão, o Poder Público não age como particular, e sim para a consecução de seus fins. Dessa forma, inaceitável o entendimento, porque ao praticar o ato de uma ou outra espécie, age como Poder Público e a negativa de indenização consistiria em subtrair-se o Poder Público à sua função específica, qual seja a tutela de direitos. Na condição de guardião do Direito, deixaria indene o cidadão que sofreu prejuízo pelo próprio Estado.<sup>8</sup>

Influenciada pela teoria do órgão, cujo grande expositor foi Gierke, desaparecem as relações entre representante e representado, ou entre mandante ou mandatário, para firmar a existência do Estado como única pessoa. Influenciado, também, pela concepção de culpa publicística que seria a única compatível com a posição do Poder Público perante os cidadãos, a diferenciação entre atos de gestão e atos de império vai sendo aos poucos superada pelo julgamento objetivo da correta ou incorreta atuação do serviço público.

Como assevera Hely Lopes Meirelles, a doutrina civilística, por sua vez, vai perdendo terreno a cada momento, com o predomínio das normas de direito público sobre as regras de direito privado na regência das relações entre a Administração e os administrados.<sup>9</sup> Seguindo essa tendência, a terceira fase da evolução do instituto é marcada pela concepção publicística, a questão passa a se desenvolver no terreno próprio do direito público.

Aos poucos, se observa o fenômeno evolutivo à despersonalização da culpa, transformando-a, pelo anonimato do agente, à consideração de falha da máquina administrativa. O primeiro passo nesse sentido surgiu na França no famoso Caso Blanco<sup>10</sup> em 1873, ainda que nele se fixasse que a responsabilidade do Estado não é geral e tampouco absoluta, sendo regulada por regras especiais. O incidente trata do atropelamento de um menor por uma vagonete, levando seu pai a ajuizar uma ação de indenização civil tendo por fundamento o princípio de que o Estado é responsável pelos prejuízos causados a terceiro pela ação danosa de seus agentes.

---

<sup>8</sup> NERY JUNIOR, Nelson e DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. Responsabilidade civil, v.6 – São Paulo – Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.45/46

<sup>9</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 27 ed. São Paulo - Editora Malheiros, 2002.p.618.

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.P 706

A partir disso, representando o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo, surge a teoria da culpa administrativa (ou culpa do serviço). Segundo esta corrente, a falta do serviço público não dependia da falta do agente, e sim do funcionamento defeituoso que não mais se imputava ao servidor a título pessoal. Significa dizer, o intuito era desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário, passando a se falar em culpa do serviço. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro.<sup>11</sup> Consoante os ensinamentos de Bandeira de Mello, a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados.<sup>12</sup>

Importante mencionar que a responsabilidade “por falta do serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva. O maior problema dessa teoria era exigir grandes esforços da vítima para, além da lesão sofrida injustamente, comprovar a *culpa do serviço* que propiciasse a indenização.

Ressalte-se que a falta do serviço era consignada em três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. Em ocorrendo qualquer uma dessas hipóteses, presumia-se a culpa administrativa ensejando a obrigação de indenizar.

Finalmente, em busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, os juristas adaptaram a teoria do risco para a atividade pública, com base nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. Assim surgiu a teoria do risco administrativo.

Segundo essa teoria, a Administração Pública gera riscos para os administrados, pois existe a possibilidade de dano para os membros de uma

---

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 27 ed. São Paulo - Editora Malheiros, 2002.p.619

<sup>12</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo- Editora Malheiros, 2010. P.1003

comunidade em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. E, se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, trazendo benefícios para todos, é justo também que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos. Conseqüentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa de seus agentes. Nas palavras de Sergio Cavaliere Filho, responde o Estado porque causou dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular.<sup>13</sup> Ou seja, o que se tem de verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado, não elidindo o Estado da responsabilização ainda que a conduta tenha sido lícita.

Essa teoria representa uma forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública, concretizando o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos.

Convém registrar que, embora a teoria do risco administrativo dispense a prova da culpa da Administração, ela permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal – fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro, como veremos adiante. Isso se explica pelo fato de que o Estado é responsável pelos riscos da sua atividade administrativa, mas não por acontecimentos que fogem ao seu controle como os fenômenos da natureza estranhos à sua atividade e a atividade de terceiros ou da própria vítima. Assevera Cavaliere Filho:

“ Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado.”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil – 10.ed.- São Paulo : Atlas, 2012. p.256

<sup>14</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil – 10.ed.- São Paulo : Atlas, 2012. p.257

## **2.1. Panorama do Direito Brasileiro**

No Direito Brasileiro, a tese da responsabilidade do Poder Público sempre foi aceita como princípio geral e fundamental de Direito. Esse princípio jamais foi posto em dúvida, e assim, não houve período cuja teoria da irresponsabilidade do Estado tenha vigorado no ordenamento jurídico pátrio.

Ainda que inexistisse menção à responsabilidade do Estado, a Constituição Republicana de 1891 dispunha, em seu artigo 82, que “os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelas obras e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.” Essa responsabilidade era, todavia, fundada na culpa civil, para cuja caracterização era indispensável a prova da culpa do funcionário. O Estado só responderia pelos danos ocasionados por atos de seus funcionários em caso de ficar evidenciado que este incorrera em negligência, imprudência ou imperícia.

Antes de se tornar explícita no artigo 15 do Código Civil de 1916, a responsabilização do Estado aparece no artigo 13 da Lei nº 221, de 20.11.1894, a qual estabelecia que “os juízes e Tribunais Federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União”

O artigo 15 do Código Civil de 1916 foi o primeiro dispositivo legal a tratar especificamente da responsabilidade civil do Estado. Este dispositivo legal determinava que “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

A redação ambígua do dispositivo fruto da imprecisão do legislador trouxe ampla divergência de interpretação e aplicação. Enquanto alguns juristas entendiam pela exigência da demonstração da culpa civil da Administração Pública, outros já vislumbravam admitida a moderna teoria do risco, ensejando a responsabilidade civil sem culpa em determinados casos de atuação lesiva do Estado. Entretanto, a melhor doutrina acabou se firmando no sentido de que



neste dispositivo estaria consagrada a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Na lição de Youssef Cahali:

“Tem-se como certo, porém, que o dispositivo, no contexto individualista que remarcava aquele Código Civil, não terá ultrapassado os limites da teoria civilística da responsabilidade do Estado, só a reconhecendo quando tivesse ocorrido dolo ou culpa do funcionário-representante.”<sup>15</sup>

A Constituição de 1934, em seu artigo 171, promovia a responsabilidade solidária do funcionário público com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.

Somente com a Constituição de 1946, em seu artigo 194, a responsabilidade objetiva do Estado passou a ser expressamente acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, ao dispor que “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.” Diferentemente do Código Civil, o dispositivo constitucional não fez referência alguma à culpa do funcionário como condição de admissibilidade da responsabilidade do Estado. A menção à culpa surgia apenas no seu parágrafo único, para determinar a ação regressiva do ente público contra o seu servidor. Portanto, resta claro que não mais se perquirindo se houve culpa ou não do ente público, a responsabilidade é objetiva. Nesse sentido, abordando essa mudança de diretriz quanto à responsabilização do ente público pelos danos ocasionados por suas atividades, lecionou Hely Lopes Meirelles:

“Só louvores merece a nova diretriz constitucional, mantida na vigente Constituição (art. 37,§ 6º) que harmoniza os postulados da responsabilidade civil da Administração com as exigências sociais contemporâneas, em face do complexo mecanismo do Poder Público, que cria riscos para o administrado e o amesquinha nas demandas contra a Fazenda, pela hipertrofia dos privilégios estatais.”<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 3.ed. São Paulo: RT, 2007. p.31

<sup>16</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 27 ed. São Paulo – Editora Malheiros, 2002.p.622

As Constituições de 1967 e 1969, outorgadas pelo regime militar autoritário, seguiram a mesma linha mantendo a responsabilidade objetiva do Estado, conforme o disposto na Constituição de 1946.

Finalmente, a Constituição de 1988 disciplinou a responsabilidade civil do Estado em seu artigo 37, § 6º com a seguinte redação: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Assim, a vigente Carta Constitucional houve por bem manter a linha traçada nas Constituições anteriores, significa dizer, abandonou a privatística teoria subjetiva da culpa e orientou-se pelo direito público, mantendo a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. A interpretação que se extrai da ausência de referência ao elemento culpa do funcionário na disposição principal leva ao entendimento de que prescinde desse elemento subjetivo para a obrigação de indenizar nele estabelecida. Nas palavras de Yussef Cahali:

“Os autores são unânimes em reconhecê-lo, havendo, mesmo, certa uniformidade na argumentação deduzida: se o elemento *culpa* é previsto (parágrafo único do art. 194 da CF de 1946, do art. 105 da CF de 1967 e do art. 107 da CF de 1969; segunda parte do art.37 § 6º da CF de 1988) apenas para assegurar a ação regressiva das pessoas jurídicas contra os funcionários causadores do dano quando tiver havido dolo ou culpa deles, daí resulta, por exclusão, que, omitindo-se o corpo do artigo quanto a referir-se ao elemento subjetivo, terá estabelecido que essas entidades devem reparar o dano mesmo sem culpa, em qualquer caso.”<sup>17</sup>

### **3. Pressupostos ao direito de ação**

Do exame do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal é possível concluir que a responsabilidade objetiva do Poder Público, ficou condicionada ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houve relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Assim, sem

---

<sup>17</sup> CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 3.ed. São Paulo: RT, 2007. p.32

essa relação de causalidade, não há como e tampouco por que responsabilizá-lo objetivamente.

Portanto, são requisitos ou pressupostos à configuração da responsabilidade civil do Estado, segundo a teoria do risco administrativo, a ocorrência de dano, ação ou omissão do agente público (qualidade do agente na prática do ato), existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente de responsabilidade estatal.

No julgamento do RE 481110 AgR/PE – PERNAMBUCO, o Ministro do STF Celso de Mello, assim se manifestou quanto aos requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil do Estado:

**‘E M E N T A: RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS QUE DETERMINAM A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO - NÃO-COMPROVAÇÃO, PELA PARTE RECORRENTE, DO VÍNCULO CAUSAL - RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - SOBERANIA DESSE PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA EXISTÊNCIA DONEXO CAUSAL - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (SÚMULA 279/STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o "eventus damni" e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. - O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o "eventus damni", sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. - A comprovação da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) - revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido. Doutrina. Precedentes. - Não se revela**

processualmente lícito reexaminar matéria fático-probatória em sede de recurso extraordinário (RTJ 161/992 - RTJ 186/703 - Súmula 279/STF), prevalecendo, nesse domínio, o caráter soberano do pronunciamento jurisdicional dos Tribunais ordinários sobre matéria de fato e de prova. Precedentes. - Ausência, na espécie, de demonstração inequívoca, mediante prova idônea, da efetiva ocorrência dos prejuízos alegadamente sofridos pela parte recorrente. Não-comprovação do vínculo causal registrada pelas instâncias ordinárias.” (RE 481110 AgR / PE, Segunda Turma, Min Relator: Celso de Mello. DJ 06/02/2007, publicado no DJ de 09-03-2007 ).

Feitas as considerações iniciais quanto aos pressupostos da configuração da responsabilidade do Estado, serão analisados cada um dos elementos com a devida profundidade que o tema requer.

### **3.1. Evento danoso**

A mera existência de irregularidade ou ilegalidade no ato, mas que se verifique sem gerar dano a terceiros, não pode produzir nenhuma responsabilidade, mas, apenas e quando for o caso, a sua invalidade. É imprescindível o evento danoso e a lesão, pouco importando se oriundos de dolo ou culpa. Como bem advertiu Cahali , no plano da responsabilidade objetiva do direito brasileiro, o dano ressarcível tanto resulta de um ato doloso ou culposos do agente público como, também, de ato que, embora não culposos ou revelador de falha da máquina administrativa ou do serviço, tenha-se caracterizado como *injusto* para o particular, como lesivo ao seu direito subjetivo.<sup>18</sup> A injustiça do dano a que se refere Cahali, está no rompimento que ele provoca com o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

A diversidade de causas do prejuízo sofrido tem relevância na determinação da responsabilidade administrativa. As características dos danos ressarcíveis são diversas, tanto para os danos provenientes de atividades lícitas e quanto para os provenientes de atividades ilícitas.

Danos provenientes de atividades ilícitas, por serem sempre antijurídicos, necessitam reunir apenas duas características. Primeiro, que sejam certos e não

---

<sup>18</sup> CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 3.ed. São Paulo: RT, 2007. p.68

eventuais, podendo ser atuais ou futuros, e, segundo, que atinjam situação jurídica legítima, suscetível de configurar um direito, ou, quando menos, um interesse legítimo. Em se tratando de atividades lícitas, é necessário acrescentar àquelas mais duas outras que explicitam o dano como anormal e especial, portanto injusto. Ser anormal significa exceder os incômodos provenientes da vida societária, e ser especial significa ser relativo a uma pessoa ou grupo de pessoas.

No âmbito da conduta lícita, a atividade do Estado é juridicamente perfeita, representando forma regular de restrição administrativa ao direito do particular; a causa determinante da indenização não se equipara àquela que legitima a reparação do dano resultante do emprego anômalo, deficiente ou abusivo dos poderes da Administração. O dano deve ser anormal, excepcional, individualizado, que ultrapassa, por sua natureza e expressividade, os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis em razão do interesse comum da vida em sociedade. É necessário que o prejuízo seja especial ou singular, e não universal, isto é, somente ocorre quando certa ou certas pessoas forem prejudicadas pela atividade administrativa, enquanto a generalidade foi poupada.<sup>19</sup> Significa dizer, deve existir uma diferença entre ônus e encargos sociais suportado por uns e outros. Não seria razoável pleitear uma indenização com base em um prejuízo universal.

O objeto da lesão deve ser um direito individual, na verdadeira significação do vocábulo. Portanto, uma expectativa de direito ou um interesse simples quando prejudicados por atos da Administração Pública não podem constituir o objeto em questão. O critério, no caso, não deve ser outro senão o da existência de um direito objetivo adquirido, e como tal reconhecido na lei vigente. Mas ressalte-se que nem sempre será fácil afirmar que um ato lícito do Poder Público ou do funcionário configurará uma violação do direito individual.

Enquanto o conceito de dano singular ou não universal pode ser deduzido de circunstâncias objetivas, a aferição da anormalidade ou excepcionalidade do

---

<sup>19</sup> NERY JUNIOR, Nelson e DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. Doutrinas essenciais Responsabilidade civil, v.6 São Paulo – Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.49

dano não permite a utilização desse critério. Aqui está presente certa carga de sensibilidade do julgador na aferição valorativa dos incômodos e prejuízos causados a certos particulares e que rompem com o princípio da igualdade de ônus e encargos sociais para estes.

Para melhor análise da aplicação da responsabilidade civil do Estado por ato lícito, interessante trazer à baila o julgamento do Recurso Especial 1021556, ementado nos seguintes termos:

“Em primeiro lugar, cumpre destacar que a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos, estendida às concessionárias de serviços públicos, surge quando os atos são praticados nos limites previstos na legislação e, atendendo o interesse público, causam danos a terceiros.

Nesse contexto, para que se configure o reconhecimento da reparação civil por atos lícitos da administração, Rui Stoco, *in* Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª ed, fl. 1163, estabelece os pressupostos e condições para a verificação da responsabilidade objetiva do Estado por comportamentos lícitos e sua plena e efetiva responsabilização pelos prejuízos causados, são eles:

"1- existência de relação de causa e efeito entre o comportamento estatal e o dano dele resultante;

2 - que o ato não decorra do exercício de um poder que a ordem jurídica conferiu ao Estado, cujo conteúdo jurídico consista justamente em ingressar na esfera alheia, incidindo sobre seu direito;

3 - a efetiva existência de um dano, qualificado como "dano jurídico" (que atinja a esfera jurídica do indivíduo), certo, efetivo, emergente, permanente e aferível e não uma mera limitação, de caráter geral, de um direito;

4 - que esse dano seja especial, ou seja, que onere apenas a situação particular de um indivíduo ou de um pequeno e determinado grupo de pessoas, ou seja, um prejuízo singular e não universal e anormal, quer dizer, que ultrapasse os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis.

5 - que o dano, ademais de ser injusto, seja ilegítimo, na medida em que viole o princípio da igualdade dos cidadãos, considerando que esse princípio veda que se desequilibre a repartição dos ônus e encargos, pois não deve ser suportado por apenas um ou alguns administrados."

(Resp 1021556 – TO, Min Relator: Vasco Della Giustina, Desembargador convocado do TJRS, Terceira Turma, DJ: 21/09/2010 e publicado em 05/11/2010).

Neste julgado, importante frisar a observação feita pelo Ministro Relator quanto à necessidade da existência de um *dano legítimo* para este seja indenizável. Ou seja, não basta ser um dano econômico; é fundamental que, traduza, ainda, um *dano jurídico*, significa dizer, um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, garantindo-o como um direito do indivíduo.

A responsabilização estatal por atos lícitos é comumente observada no remanejamento de via pública, com elevação e construção de viadutos, obras de

metrô, alterações nas vias de acesso a estabelecimentos comerciais, elevação ou rebaixamento do leito carroçável. Nestas situações, é possível identificar eventuais prejudicados, principalmente os proprietários de imóveis confinantes.

E, aproveitando a situação descrita no parágrafo anterior, interessante fazer referência ao Recurso Extraordinário 113587 de relatoria do Ministro Carlos Velloso que, ainda que um pouco distante no tempo, proferido em 1992, trouxe algumas reflexões importantes sobre a responsabilização do Estado diante de prejuízos ocasionados a particulares como consequência de alterações em vias pública.

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.** C.F., 1967, art. 107. C.F./88, art. 37, par-6.. I. A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa e irrelevante, pois o que interessa, e isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, e devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos onus e encargos sociais. II. Ação de indenização movida por particular contra o Município, em virtude dos prejuízos decorrentes da construção de viaduto. Procedencia da ação. III. R.E. conhecido e provido. (RE 113587, Min.Relator: Carlos Velloso. DJ 18/02/1992, publicado em 03/04/1992).

O caso aborda uma ação ordinária de indenização ajuizada contra o Município de São Paulo, em razão da construção de um viaduto, que teria provocado poluição sonora, visual e ambiental, com a consequente desvalorização do imóvel residencial de propriedade dos recorrentes.

No voto, o Ministro Carlos Velloso conheceu do recurso dando-lhe provimento. Para tanto, reforçou a tese de que toda vez que o Estado através de uma ação lícita, em seu próprio interesse ou da coletividade, ocasionar dano ao particular, está obrigado a indenizá-lo. Não se nega ao Poder Público o poder-dever de realizar obras públicas, de interesse da coletividade; entretanto, negar a reparação do dano seria ignorar a idéia de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. E quanto à individualização do dano, alegou o Ministro, *in verbis*:

“parece-me indubitoso que o viaduto cuja construção se fez por exigência do interesse público, afetou o grupo de pessoas ou o grupo de indivíduos situados em frente ao mesmo viaduto (...) no caso inegável foi o detrimento para o imóvel residencial de propriedade e uso dos demandantes (...)”<sup>20</sup>

Em resumo, é preciso que haja um dano, pouco importa se por culpa ou dolo, ato lícito ou ilícito, de deficiência ou falha do serviço, de culpa anônima da Administração, da chamada *faute de service* – deficiência, negligência, má qualidade etc. – para que surja o direito à pretensão ressarcitória, que deve compreender os danos certos e não eventuais, atuais ou futuros, sendo a mais completa possível como se assimilasse a responsabilidade civil do direito comum.

## **3.2. Nexo de causalidade material**

### **3.2.1. Considerações gerais**

O nexo causal é um conceito jurídico normativo através do qual se conclui quem foi o causador do dano. Qualquer que seja a teoria adotada – teoria do risco, teoria do risco integral, teoria do risco administrativo ou teoria do risco social – a causa do dano é um dos pressupostos necessários da responsabilidade civil do Estado.

Nas ações de responsabilidade civil objetiva, toda a discussão gravita em torno do nexo causal. O prejuízo de que se queixa o particular tem que ser consequência da atividade ou omissão administrativa. Nesse sentido se posiciona a jurisprudência<sup>21</sup> dos tribunais pátrios:

---

<sup>20</sup> STF : RE 113587

<sup>21</sup> Nexo Causal: Apelação Cível Nº 70056179484, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Apelação 0035458-22.2010.8.26.0554, Quinta Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1092306-3, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Paraná. No Recurso Especial 980844 / RS tramitado no STJ, o Ministro Relator Luiz Fux afastou a responsabilidade do Estado por entender que não haveria nexo de causalidade entre a fuga do detento de penitenciária e o latrocínio praticado por ele. Segundo o relator, houve quebra do liame causal, pois o preso deveria estar em fuga, ato contínuo àquela ação e isto não ocorreu. O STF nesses casos de homicídios praticado por fugitivos de penitenciárias vem reconhecendo a responsabilidade do Estado quando não há rompimento do nexo causal. Mas, igualmente se decidiu no Resp 980844 / RS, a Corte Suprema tem elidido tal responsabilidade quando já se



RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. EXCESSO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANO MORAL IN RE IPSA. A responsabilidade da administração pública, em se tratando de ato comissivo imputado aos seus agentes, é objetiva, sendo suficiente a comprovação do ato lesivo, além do nexo de causalidade, conforme o artigo 37, § 6º da CF. Evidenciado o erro no cumprimento do mandado de busca e apreensão na residência das autoras, com o objetivo de localizar drogas e outros objetos ilícitos, caracterizado o dano moral in re ipsa. Precedentes desta Câmara. Demonstração do nexo causal entre a conduta ilícita dos agentes e o prejuízo suportado pela parte requerente. O dano moral deve reparar o sofrimento da vítima, obedecendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Ausente sistema tarifado, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. Valor arbitrado em R\$ 4.000,00. Dano material: não provadas despesas que pudessem caracterizar prejuízo patrimonial da parte requerente. DERAM PROVIMENTO EM PARTE À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70056700479, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 31/10/2013)

O nexo causal exige uma avaliação jurídica pelo juiz para verificar, com precisão, a relação entre um fato e um determinado resultado. Como descreve Cavalieri , trata-se de um processo técnico de probabilidade. O juiz tem que eliminar os fatos que foram irrelevantes para a efetivação do dano, e o critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na ausência desses fatos, o dano ocorreria. Causa será aquela que, após este processo de expurgo, se revelar a mais idônea para produzir o resultado.<sup>22</sup>

Quando o resultado decorre de um fato simples, a questão não oferece a menor dificuldade, tendo em vista que a relação de causalidade é estabelecida de maneira direta entre o fato e o dano. Diferentemente, nas hipóteses de causalidade múltipla, quando há uma cadeia de condições, o problema torna-se mais complexo diante das várias circunstâncias que concorrem para o evento danoso.

---

tenham passado “meses” da fuga ou quando, claramente, o homicídio não ocorra em ato contínuo à fuga, por falta de nexo causal.

<sup>22</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil – 10.ed.- São Paulo : Atlas, 2012. p.49

Para a solução deste problema existem duas teorias que merecem destaque pela importância prática que alcançaram: teoria da equivalência dos antecedentes e teoria da causalidade adequada.

### **3.2.2. A teoria da equivalência dos antecedentes**

A teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*) foi elaborada por Von Buri, com base nas idéias de Stuart Mill, não fazendo distinção entre causa, que seria aquilo de que uma coisa depende quanto à existência e condição, que é o que permite à causa produzir efeitos positivos ou negativos. Assim, quando várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância e, portanto, se equivalem. Causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem fazer distinção de maior ou menor importância que cada uma teve. Como bem explica Cahali, esta doutrina sustenta que todas as condições que conduzem a um resultado são a causa desse resultado, sejam mediatas ou imediatas; portanto, basta que o sujeito tenha realizado uma condição desse resultado para que exista relação causal.

Assim, para saber se uma determinada condição é causa, elimina-se mentalmente a condição, através de um processo hipotético. Caso o resultado desapareça, a condição é causa, mas, caso contrário, não o será.

A crítica que se faz a essa teoria é o fato de que ela conduz a uma exasperação de causalidade e a uma regressão infinita do nexo causal. Um bom exemplo para tornar mais claro seria a hipótese da queda de um prédio onde o dever de indenizar a vítima iria desde o construtor até aquele que forneceu matéria prima para a obra.

### **3.2.3. Teoria da causalidade adequada**

A teoria da causalidade adequada, elaborada por Von Kries, considera que as condições que conduzem a um resultado não são equivalentes, existindo sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativa ou quantitativamente apreciado, é a verdadeira causa do evento. Cavalieri considera

essa teoria como a mais expressiva dentre as que valoram ou individualizam as condições. Nesse sentido, diz ele: “Causa, para ela, é o antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento.”<sup>23</sup>

Esta teoria, ao contrário da teoria da equivalência dos antecedentes, faz a distinção entre causa e condição, aferindo também a maior ou menor relevância dos antecedentes. Através de um processo mental hipotético se verifica qual, dentre as condições que concorreram para o resultado, foi a mais adequada, desconsiderando as demais. Porém, como não há uma regra teórica para resolver o problema, a solução deve ser encontrada caso a caso, observando a realidade fática com bom senso e ponderação. Deverá o julgador, retrocedendo ao momento da conduta, colocar-se no lugar do agente e, com base no conhecimento das leis da Natureza, bem como nas condições particulares em que se encontrava o agente, emitir seu juízo sobre a idoneidade de cada condição. Assim o fez o magistrado Carlos Alberto Garbi do TJSP:

#### **RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS**

**MORAIS.** Exumação do pai e convivente dos autores, que se fez necessária diante da suposta omissão do réu na comunicação das circunstâncias do óbito à autoridade policial. 1. Alegaram os autores que ocorreu omissão da ré, que deveria comunicar à autoridade policial a ocorrência de morte não natural. Em razão disso, precisou a autoridade policial apurar as causas da morte e, por isso, tornou-se necessária a exumação do falecido, o que ocorreu na presença da autora e seus filhos. Sustentaram que os fatos relatados causaram prejuízo moral. 2. Ainda que a ré tenha deixado de comunicar à autoridade policial a morte do convivente e pai dos autores por causa violenta, certo é que a causa de pedir da indenização por danos morais se fundou na participação dos autores no exame necroscópico, participação esta que não se mostrava essencial para a realização do ato. Logo, por este prejuízo moral, não pode a ré responder, visto que do ato omissivo não se tornou necessária a presença dos autores na produção do exame necroscópico. 3. A Teoria da Causalidade Adequada isola a causa que se apresenta com maior probabilidade para gerar o dano. Nexo causal não caracterizado. Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso não provido ( Apelação 0100466-34.2008.8.26.0515 TJSP, Relator: Carlos Alberto Garbi. DJ: 29/10/2013).

---

<sup>23</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil – 10.ed.- São Paulo : Atlas, 2012. p.51

Além das duas teorias supramencionadas, não seria despiciendo mencionar outras teorias que trouxeram contribuições relevantes na análise do nexo causal. A teoria da causa próxima e da causa direta busca selecionar, entre todas as condições de um resultado, uma de particular relevância, a que considera causa; a teoria da causa próxima, pelo menos em sua formulação inicial, escolhe como causa a condição cronologicamente mais próxima do evento que se quer imputar. A teoria da causalidade eficiente considera que as condições que conduzem a um resultado não são equivalentes, e existe sempre um antecedente que tem um intrínseco poder de produção do evento.

A teoria dominante na atualidade é a da causa adequada, segundo a qual nem todas as condições necessárias de um resultado são equivalentes. Assim, será analisado se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, e ainda, se, em abstrato, essa condição seria adequada para produzir aquele efeito. O Código Civil, em seu artigo 403, traz o seguinte enunciado: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.” Entretanto, ressalte-se que, embora o Código utilize a expressão “direto e imediato”, isso não significa que estaria adotando a teoria da causa direta e imediata. Isso porque por causa direta, imediata, necessária ou adequada deve-se entender aquela que revela um liame de necessariedade entre a causa e os efeitos, e não de simples proximidade temporal ou espacial. Em lugar de se apurar quem teve a última chance de evitar o dano, o que se deve verificar é quem teve a melhor ou mais eficiente oportunidade de evitá-lo.

O advento da responsabilidade objetiva exigiu redobrada atenção no exame do nexo de causalidade material. Todas as ações de responsabilidade objetiva passaram a gravitar em torno da noção jurídica de nexo causal por ser este um meio possível de excluir o dever de indenizar. Isso em virtude do fato de que o direito pátrio admite responsabilidade civil sem culpa, mas não admite responsabilidade civil sem causa.

### 3.3. A qualidade do agente na prática do ato.

O Estado como pessoa jurídica configura apenas uma realidade técnica, agindo somente por intermédio de seus representantes, agentes ou prepostos. A expressão “agente” abrange aquelas pessoas que, de uma forma ou de outra, regular ou irregularmente, se encontram exercendo qualquer atividade inerente ao serviço público, e já reconhecidas, pelo direito como hábeis à produção de danos, pelos quais deve responder o Estado.

É mister averiguar se os agentes atuam como representantes do Poder Público, não no sentido de que sejam portadores de seu mandato, mas que na situação a ser analisada estejam investidos nos poderes de representação regular. Os atos danosos devem ser imputados a alguém que esteja realizando uma atividade inerente a um órgão estatal ou executando uma função ou serviço que seja próprio do Estado. Para incidir o ato do funcionário no âmbito da responsabilidade estatal, é necessário que o ato tenha sido praticado para o serviço ou durante o serviço, ainda que fora ou além de sua competência administrativa. Significa dizer, é preciso estabelecer a relação entre o ato e o serviço. O preceito inscrito no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. Foi o que se decidiu no caso do servidor público que, ao fazer uso da arma pertencente ao Estado, mesmo não estando em serviço, matou um menor na via pública (STF RE 135.310). Bandeira de Mello assim discorreu sobre o tema :

“Quem são as pessoas suscetíveis de serem consideradas agentes públicos, cujos comportamentos, portanto, ensejam engajamento da responsabilidade do Estado? São todas aquelas que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio.”<sup>24</sup>

O abuso no exercício das funções por parte do servidor não exclui a responsabilidade objetiva da Administração. Pelo contrário, a torna mais grave,

---

<sup>24</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo- Editora Malheiros, 2010. P.1008

pois pressupõe a má escolha do agente público para a missão que lhe foi atribuída. Revela a existência de culpa *in eligendo*.

Não se pode pretender a exclusão da responsabilidade civil do Estado pelo ato de funcionário que extrapolou suas funções, desde que esse ato seja inerente à sua qualidade de agente do Poder Público. Entretanto, o ato praticado em caráter particular, ainda que envolvendo funcionário público tampouco pode configurar a responsabilidade do Estado. São atos praticados em razão exclusiva da sua condição humana, sob o império de paixões, interesses, sentimentos, ambições ou fragilidade pessoais, capazes de os animarem a um procedimento ilícito em qualquer situação, independentemente, portanto, *de sua qualidade de agente ou funcionário*.<sup>25</sup>

A natureza objetiva da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público (os entes federativos, as autarquias e as fundações públicas) pelos danos que seus agentes causam a terceiros está posta na Constituição desde a Carta de 1946. Consoante o artigo 37 § 6º a Carta de 1988, estendeu-a às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, vale dizer, às concessionárias e permissionárias de serviços públicos por delegação do poder público, *in verbis*: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Andou bem Hely Lopes Meirelles na análise do dispositivo tecendo considerações elucidativas:

“O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente de culpa. (...) Em edições anteriores, influenciados pela letra da norma constitucional, entendemos excluídas da aplicação desse princípio as *pessoas físicas e as pessoas jurídicas* que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de empresas estatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Todavia, evoluímos

---

<sup>25</sup> CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 3.ed. São Paulo: RT, 2007. p.86

no sentido de que também estas respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, nessa qualidade, causarem a terceiros, pois, como dissemos precedentemente, não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado”<sup>26</sup>

Ainda nessa temática, Yussef Cahali acrescentou que, ao deslocar a responsabilidade civil para o âmbito do serviço público prestado, desconsiderando, em tese, a natureza (pública ou privada) da entidade prestadora do serviço, o legislador buscou de alguma forma superar o dissídio que grassava no direito anterior, quando se discutia a aplicabilidade do art. 107 da Constituição de 1969 às empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais, permissionárias e concessionárias de serviços públicos e empreiteiras de obras públicas.<sup>27</sup>

Assim, com a inovação do artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, a responsabilidade objetiva gira em torno do trinômio: pessoa jurídica de direito público/pessoa jurídica de direito privado/ prestação de serviço público. Portanto, o dano causado pelos agentes abrangidos por aquele dispositivo constitucional será imputado à Administração Pública, ou aos que, em seu nome, prestam serviços públicos, desde que presentes os pressupostos à configuração da responsabilidade objetiva do Estado.

---

<sup>26</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 27 ed. São Paulo – Editora Malheiros, 2002.p.623

<sup>27</sup> CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 3.ed. São Paulo: RT, 2007. p.89

## Capítulo 2 – Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos

### 4. Atos omissivos do ente público: A teoria da responsabilidade civil subjetiva

Feita a abordagem inicial sobre a responsabilidade civil, faz-se necessário tecer algumas importantes considerações acerca da responsabilidade do Estado por atos omissivos, pois como será vislumbrado, existem algumas divergências doutrinárias e jurisprudenciais nessa esfera.

No que se refere às características da conduta lesiva ensejadora da responsabilidade objetiva do Estado, a doutrina majoritária entende que a responsabilidade objetiva decorre de atos comissivos dos agentes estatais. Como demonstrado no capítulo anterior, é suficiente para a configurar a responsabilidade do ente público (i) ação administrativa (ii) dano e (iii) nexo de causalidade entre a ação e o dano ocorrido, não se perquirindo se houve ou não culpa da Administração.

Quanto aos atos omissivos, a responsabilidade será subjetiva (mesmo quando se aplicam mecanismos de inversão do ônus da prova ou a teoria da culpa administrativa), devendo a vítima demonstrar a falha no serviço público. Neste caso de prejuízos decorrentes de omissões administrativas, o juiz verificará o dever do Estado em exercer o ato omitido, bem como analisará as condições do Estado em conseguir adimplir tal obrigação. São dois os fundamentos básicos nos quais a tese da responsabilidade subjetiva do Estado por atos omissivos se assenta: (i) O artigo 37, § 6º da Constituição Federal – que consagra responsabilidade objetiva – somente seria aplicado às condutas comissivas dos agentes estatais, enquanto que à omissão estatal seria aplicado os artigos 186 e 927 do Código Civil que disciplina a responsabilidade subjetiva; (ii) necessidade da vítima do dano demonstrar que o Estado se omitiu, descumprindo dever legal.

É essa a posição doutrinária defendida por alguns autores, entre eles Bandeira de Mello, que argumenta no sentido de que, quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado, (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*.



Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo.<sup>28</sup>

O doutrinador sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração, sempre que o dano decorrer de uma omissão do Estado. Considera que, nos casos de omissão, o Estado não agiu, de modo que não teria plausibilidade considerá-lo como causador do dano, pelo que só estaria obrigado a indenizar os prejuízos resultantes dos eventos que teria o dever de impedir. E, quando o Estado se omite e graças a isso ocorre um dano, este é causado por outro evento, e não pelo Estado, não por sua atividade comissiva que naturalmente gera riscos aos administrados. Logo, a responsabilidade não poderia ser objetiva, diz Bandeira de Mello:

“Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva”.<sup>29</sup>

Em resumo, para o doutrinador, é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível. Finaliza Bandeira de Mello argumentando que:

“em síntese: se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.”

---

<sup>28</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo- Editora Malheiros, 2010. P.1013

<sup>29</sup> Ibidem P.1013

Aqui é importante ressaltar que, nas considerações de Celso Antônio, há que se levar em conta o procedimento do Estado em casos análogos, assim como o nível de expectativa comum da sociedade que, por sua vez, deve ser compatível com a normalidade da eficiência apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural e econômico. Outrossim, descabe responsabilizar o Estado se, atuando de modo compatível com as possibilidades de um serviço organizado e eficiente, não logrou êxito em impedir o evento danoso por força alheia.

A esta doutrina também se filia Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que embora considere que a diferença entre as duas teorias seja pequena – porque ambas geram para o ente público o dever de indenizar – fez as seguintes considerações a respeito do tema:

“Isso significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. A lição supramencionada, de José Cretella Júnior, é incontestável. A culpa está embutida na idéia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável.”<sup>30</sup>

Para Di Pietro, a dificuldade das teorias diz respeito a essa possibilidade de agir para evitar o dano. Tem de ser uma conduta que seja exigível da Administração e que seja também possível de ser efetivada. Essa possibilidade só pode ser realizada no caso concreto, onde tem aplicação o princípio da reserva do possível, que constitui também aplicação do princípio da razoabilidade no sentido do que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano. Seguindo o que havia sido postulado por Bandeira de Mello, Di Pietro aduz, também, que a omissão tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do Estado, diversamente do que se dá com os atos comissivos que ensejam a responsabilidade tanto na hipótese de atos lícitos como na de ilícitos. Pois bem, a ocorrência desta *omissão antijurídica* só será possível quando a Administração Pública direta ou indireta descumprir uma obrigação

---

<sup>30</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. P 716

legal expressa ou implícita, onde se esperava uma atuação estatal no sentido de evitar danos às pessoas ou bens dos particulares.

A questão chave desta doutrina que, para Di Pietro, aproxima-se muito da responsabilização objetiva sem muitas diferenças nos efeitos de ambas, está no fato de que existe uma presunção de culpa do Poder Público. Significa dizer que o lesado não precisa fazer prova de que existiu a culpa ou o dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir. Se fizer essa demonstração, não incidirá a responsabilidade.<sup>31</sup>

Seguindo essa corrente doutrinária, que considera como lógica adequada a responsabilização subjetiva do ente público nos casos de omissão, assim proferiu seu voto o Ministro Humberto Martins do STJ:

**ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. SUBJETIVA. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.**

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

**2. A responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos.**

3. Hipótese em que, conforme se extrai do acórdão recorrido, ficou demonstrado a existência de nexo causal entre a conduta do Estado e o dano, o que caracteriza o ato ilícito, devendo o autor ser indenizado pelos danos suportados. Rever tal posicionamento requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 302.747/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 25/04/2013)

Neste julgado, o Ministro Relator considerou que restou demonstrada a existência de nexo causal entre a conduta do Estado, mais especificamente do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), em não conservar devidamente a rodovia, e o dano sofrido pelos autores da ação que perderam o filho, em um acidente automobilístico, ocasionado por um buraco na rodovia. Não houve, nos autos, hipótese de caso fortuito, força maior, ou ainda,

---

<sup>31</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26 ed -São Paulo: Atlas, 2013.P 717

prova contundente de que o acidente teria ocorrido por culpa exclusiva da vítima ou que esta teria contribuído para o ocorrido, a fim de afastar o dever de indenizar do DNIT, restando assim comprovada sua negligência. Reafirmando a responsabilidade subjetiva do Estado, para danos provocados por omissão, reitera o Ministro: “por fim, apenas para esclarecimentos, reafirmo o entendimento do STJ segundo o qual a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos.”

A respeito dessas situações de má-conservação de rodovias, Yussef Cahali fez relevantes considerações:

“A conservação e fiscalização das ruas, rodovias e logradouros públicos inserem-se no âmbito dos deveres jurídicos da Administração razoavelmente exigíveis, cumprindo-lhe proporcionar as necessárias condições de segurança e incolumidade às pessoas e aos veículos que transitam pelas mesmas. A omissão no cumprimento desse dever jurídico, quando razoavelmente exigível, e identificada como causa do evento danoso sofrido pelo particular ,induz, em princípio, a responsabilidade indenizatória do Estado (...) Daí a reiterada jurisprudência no sentido de reconhecer a responsabilidade civil da Administração pelos acidentes de trânsito que tenham como causa via pública mal conservada ou não fiscalizada na sua manutenção.”<sup>32</sup>

Neste mesmo sentido, em situação similar a essa, na qual houve a morte do motorista em razão de um buraco na pista, o STJ se posicionou no mesmo sentido (Recurso Especial 1356978/SC)<sup>33</sup>. Em seu voto, a Ministra relatora

---

<sup>32</sup> CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 3.ed. São Paulo: RT, 2007. p.230/231

<sup>33</sup> O Recurso especial foi ementado nos seguintes termos: **PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA FEDERAL. BURACO NA PISTA. MORTE DO MOTORISTA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OMISSÃO. OCORRÊNCIA DE CULPA. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. PROPORCIONALIDADE. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. SÚMULA 54/STJ. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 284/STF.** 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem analisa adequada e suficientemente a controvérsia objeto do recurso especial. 2. Na hipótese dos autos, restaram assentados no acórdão os pressupostos da responsabilidade subjetiva, inclusive a conduta culposa, traduzida na negligência do Poder Público na conservação das rodovias federais. O acolhimento da tese do recorrente, de existir culpa exclusiva da vítima, demandaria a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, providência obstada pela Súmula 7/STJ. 3. Manutenção do valor fixado nas instâncias ordinárias por dano moral (R\$ 100.000,00 - cem mil reais), por não se revelar nem irrisório, nem exorbitante. 4. Tratando-se de reparação por danos

Eliana Calmon, enfatiza esse posicionamento doutrinário entendendo que restou comprovado o nexo de causalidade entre a omissão da autarquia (má conservação da rodovia em que ocorreu o sinistro/buraco) e os danos causados aos requerentes, que foram demonstrados ao longo da instrução. Reafirma a responsabilidade subjetiva do Estado para atos omissivos. Uma análise mais aprofundada da jurisprudência do STJ<sup>34</sup> comprova que, de uma forma geral, esse é o entendimento doutrinário majoritário adotado por este Tribunal.

Entretanto, socorre observar que existe divergência jurisprudencial nesta Corte, em se tratando de responsabilização civil do Estado por atos omissivos. Não raro são julgamentos que imputam a responsabilização objetiva do ente público, quando este tinha o dever legal de impedir o resultado. Isto será vislumbrado para o caso de morte de detento nos complexos penitenciários, a ser abordado mais adiante. No julgamento do Resp 1022798/ES, de relatoria do Ministro Castro Meira, esse foi o entendimento adotado, conforme o acórdão assim ementado:

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE PRESOS CUSTODIADOS EM DELEGACIA DE POLÍCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRECEDENTES. PROVA TESTEMUNHAL. AFASTAMENTO DA CULPA. DESNECESSIDADE. SENTENÇA EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. DANO MORAL. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.**

1. A responsabilidade civil do Estado nos casos de morte de pessoas custodiadas é objetiva, portanto, desnecessária determinação de audiência para colheita de prova testemunhal cujo objetivo seria demonstrar a ausência de culpa do Estado. Precedentes STJ e STF (STJ- REsp 1022798 / ES, rel. Ministro CASTRO MEIRA, T2 - SEGUNDA TURMA, 14.10.2008).

Da análise do julgado, fica constatado que o Estado foi responsabilizado objetivamente por ato omissivo, pois estaria diante de uma condição de garante na qual tinha o dever de agir para impedir o resultado. Ainda que não tenha agido diretamente para causar o dano, expôs alguém a uma situação de risco.

---

morais, nas hipóteses em que a responsabilidade é extracontratual, os juros são devidos desde o evento danoso, na forma da Súmula 54/STJ. 5. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é possível a cumulação de pensão previdenciária com outra de natureza indenizatória. 6. Apresentadas alegações genéricas no que respeita à fixação dos honorários advocatícios, aplica-se no ponto a Súmula 284/STF. 7. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

<sup>34</sup> STJ: AgRg no Ag 1216939/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02/03/2011; REsp 1191462/ES, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14/09/2010).

## 5. Omissão específica x Omissão genérica

Diferentemente do posicionamento adotado em alguns julgados anteriormente analisados e da doutrina majoritária, alguns doutrinadores e também juristas consideram que a análise da responsabilidade estatal por atos omissivos é deveras mais complexa e necessita de uma investigação mais aprofundada para afirmar se a omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa, imputando a responsabilidade de forma objetiva ou, ao contrário, subjetiva.

Essa posição encontra guarida no ensinamento de Sergio Cavalieri, que argumenta em favor de uma distinção entre omissão genérica e omissão específica, para poder definir em que modalidade de responsabilização civil, subjetiva ou objetiva, o evento danoso será enquadrado.

A omissão específica, segundo o autor, ocorrerá nos casos em que o Estado estiver na condição de garante e, por ter sido omissor, acaba criando uma situação propícia para a ocorrência do evento numa determinada situação, na qual deveria agir para impedi-lo. Em outras palavras, a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado.<sup>35</sup> Essa modalidade de omissão faz emergir a responsabilidade da Administração Pública, pressupondo um dever específico do Estado, que o obrigue a agir visando impedir o resultado danoso, quando a vítima encontrava-se sob sua proteção ou guarda. Os exemplos mais comuns encontrados na jurisprudência são: morte de detento em rebelião em presídio, no qual o Estado tinha o dever de proteger a incolumidade física dos presos; acidente com aluno de escola pública ocorrido em suas dependências; paciente internada em hospital público que não tem acesso aos exames determinados pelo médico e vem a falecer.

Hely Lopes Meirelles corrobora esta posição, ainda que não faça a distinção entre omissão específica e omissão genérica:

---

<sup>35</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil – 10.ed.- São Paulo : Atlas, 2012. p.268

“por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovado a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal.”<sup>36</sup>

De qualquer forma, é necessário destacar que, quando há o dever do Estado de fiscalizar, fazer, impedir que se faça, garantir etc., a falha nesta função determina a responsabilidade objetiva do mesmo, decorrente da equação entre o dano e o descumprimento do dever jurídico.

Nesse sentido, tem se posicionado com maior firmeza a jurisprudência dos tribunais de justiça dos estados, como assim o fez o TJRS no julgamento da apelação cível 7005623145:

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO PÚBLICO DE ESGOTO. ESCOAMENTO DE ÁGUAS PARA O INTERIOR DE PROPRIEDADE PARTICULAR. REGIME OBJETIVO. AUSÊNCIA DE FORÇA MAIOR/CASO FORTUITO. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONSECTÁRIOS. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97, ANTE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO LEGAL. MANTIDA A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, ANTE A AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO CABAL DO PREJUÍZO IMPOSTO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.** 1. Caso em que autora, moradora de Cachoeira do Sul, narra que, ao longo dos anos sua residência sofreu diversos alagamentos em dias chuvosos, pois o sistema de escoamento pluvial instalado pelo Município era defeituoso, e, a despeito de realização de diligências administrativas e de acordo extrajudicial, o problema nunca foi solvido. Sentença de improcedência dos pedidos que é atacada por recurso de apelação da parte autora. 2. Conforme vem entendendo esta Corte e o Supremo Tribunal Federal, quando há uma omissão específica do Estado, ou seja, quando a falta de agir do ente público é causa direta e imediata de um dano, há responsabilidade objetiva, com escudo na Teoria do Risco Administrativo e no art. 37, § 6º da Constituição Federal. 3. Comprovados os

---

<sup>36</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 27 ed. São Paulo – Editora Malheiros, 2002.p.624. No mesmo sentido, ver Luiz Fabião Gasque, em sua contribuição doutrinária à obra Doutrinas essenciais, Responsabilidade civil, organizada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Junior. , v.6 – São Paulo – Editora Revista dos Tribunais, 2010

ilícitos comissivo e omissivo, consistentes, respectivamente, na instalação indevida e/ou insuficiente de "bocas de lobo" em local próximo à propriedade da autora, dando causa à vazão de água para o interior das terras; e na negligência da Administração em solucionar o problema, a despeito da realização de providências administrativas por parte do cidadão. Caso fortuito ou força maior não verificado. Responsabilidade do Município de Cachoeira do Sul verificada. 4. Condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais, ante o evidente sofrimento que foi imposto à autora, ante os reiterados alagamentos em sua residência, em que pese as promessas de solução do caso. Quantum indenizatório fixado em R\$8.000,00 (oito mil reais). 5. Diante da declaração da inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, deixo de aplicar os consectários legais previstos no art. 5º da Lei nº 11.960/2009. Sobre a condenação por danos morais, portanto, deverá incidir correção monetária pelo IGPM, desde a presente data, bem como juros de mora de 1% ao mês, este a contar da data do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do E. STJ. 6. Improcedência do pleito indenizatório por danos materiais, diante da ausência de prova cabal específica acerca da amplitude dos prejuízos enfrentados. 7. Redimensionamento da condenação sucumbencial. Artigo 20 do Código de Processo Civil. As custas processuais são devidas por metade, em face do artigo 11 da Lei Estadual nº 8.121, de 30 de dezembro de 1985. Admitida a compensação dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil, e da Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70056231459, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 09/10/2013).

Diferentemente, a omissão genérica se ampara nas situações em que não é possível exigir do Estado uma atuação específica. São circunstâncias em que a Administração tem apenas o dever legal de agir, em razão de determinada prerrogativa como o poder de polícia ou o poder de fiscalização, que se dirigem genericamente a todos, e não a alguns administrados de forma individualizada. Se reportando mais uma vez aos ensinamentos de Cavalieri:

“Como se vê, na omissão genérica, que faz emergir a responsabilidade subjetiva da Administração, a inação do Estado, embora não se apresente como causa direta e imediata do dano, entretanto concorre para ele, razão pela qual deve o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano poderia não ter ocorrido.”

Exemplo típico de omissão genérica ocorre nos casos de má conservação de vias em perímetro urbano, desníveis ou buracos no asfalto, que ocasionam danos aos que ali transitam. Por se tratar de responsabilidade subjetiva, terá de ser demonstrada a culpa anônima pela falta do serviço.



Nesses casos, o agente não está compelido a atuar de certa maneira, razão pela qual sua omissão não produz presunção de ofensa ao dever de cuidado, melhor dizendo, à formação de vontade. Deve-se indagar se ocorriam elementos fáticos indicativos do risco de consumação da lesão. Igualmente, deve-se averiguar se não era atribuição do agente tomar medidas impeditivas do dano.

Em resumo, para melhor entender essa distinção, é razoável lançar mão do seguinte raciocínio: Caso o Estado esteja obrigado a praticar uma ação, em razão de um dever de agir, haverá *omissão específica* e a responsabilidade será objetiva. E, para os casos em que o Estado tiver apenas o dever de evitar o resultado e ficar demonstrado que o dano decorreu de sua omissão, haverá *omissão genérica* cuja responsabilidade, por demandar a demonstração de culpa do ente público, será subjetiva.

Oportuno trazer jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aproveitando a menção feita a esta Corte por este último julgado do TJRS, com escopo de dar maior clareza ao modo como a jurisprudência dos tribunais tem se posicionado quanto às omissões estatais:

**E M E N T A: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - ELEMENTOS ESTRUTURAIS - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - INFECÇÃO POR CITOMEGALOVÍRUS - FATO DANOSO PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DA EXPOSIÇÃO DE SUA MÃE, QUANDO GESTANTE, A AGENTES INFECCIOSOS, POR EFEITO DO DESEMPENHO, POR ELA, DE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM HOSPITAL PÚBLICO, A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL - PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DE ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL - PARTO TARDIO - SÍNDROME DE WEST - DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESSARCIBILIDADE - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.** - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o "eventus damni" e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da

responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o "eventus damni" ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. (...)

Da análise do RE 495.740 – Agr/DF, fica evidenciado que o Ministro Celso de Mello considerou, ainda que sem fazer expressamente a distinção entre omissão específica e omissão genérica, presentes todos os elementos configuradores da responsabilidade civil objetiva do Poder Público seguindo entendimento que tem prevalecido nesta Corte, *in verbis*:

”Impões-se destacar, neste ponto, na linha da jurisprudência prevalecente no STF (RTJ 163/1107-1109, Rel.Min.Celso de Mello, v.g) que os elementos que compõem a estrutura e delineam o perfil da responsabilidade civil objetiva Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do poder público, que, nessa condição funcional, tenha incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.”

Ainda que não faça a distinção entre omissão genérica e omissão específica, o Min. Relator não hesita em responsabilizar objetivamente o Estado por ter falhado no dever de agir.

Esse posicionamento encontra respaldo nas lições expedidas por alguns doutrinadores<sup>37</sup>, entre eles Odete Medauar que assevera no sentido de que informada pela “teoria do risco”, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como “responsabilidade objetiva”. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da

---

<sup>37</sup> BASTOS RIBEIRO, Celso. Curso de Direito Administrativo, 5ª edição, 2001, Editora Saraiva. P. 213; COUTO DE CASTRO, Guilherme. A Responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro. 3ª edição, 2000, Editora Forense. P.61

administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre a ação ou omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima. É o chamado nexo causal ou nexo de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir.”<sup>38</sup>

Igualmente, Lucas Rocha Furtado, em postura discordante à tese da responsabilidade subjetiva estatal por atos omissivos, argumentou neste sentido “Em seu art. 37, § 6º, ao dispor que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (...)” o texto constitucional não apresenta qualquer distinção que justifique atribuir à omissão do Estado tratamento jurídico distinto daquele conferido à ação. Não nos parece razoável que a expressão “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros” somente se refira às ações dos agentes públicos.” Prossegue Furtado:

“Se a lei atribuiu a determinada pessoa jurídica (de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviço público) o dever de agir, e esta pessoa não pratica o ato ou desenvolve a atividade que o ordenamento reclama, é evidente que a omissão da pessoa jurídica se deve necessariamente à omissão dos seus agentes, independentemente da razão para a omissão: falta de planejamento, falta de disponibilidade financeira, desorganização, negligência, imperícia, dolo etc.”<sup>39</sup>

Em se tratando de omissão, contudo, conforme demonstrado, a matéria não se encontra pacificada, nem na doutrina, nem na jurisprudência. Parte entende que a responsabilidade seria objetiva, inexistindo distinção entre atos comissivos e omissivos, ao passo que outra parte sustenta ser a responsabilidade subjetiva, baseada na culpa (negligência, imperícia e imprudência). Nesse contexto, os Tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, têm distinguido a responsabilidade da Administração quando há omissão genérica e quando há

---

<sup>38</sup> MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 9ª ed, 2005, editora RT. P. 430.

<sup>39</sup> FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2007. P. 1029

omissão específica. Neste último caso, o Estado responderia independentemente da prova de culpa. Assim, quando há uma omissão específica do Estado, ou seja, quando a falta de agir do ente público é causa direta e imediata do dano, tem se entendido que há responsabilidade objetiva. Em casos de morte de detentos em presídio, que será abordado no capítulo seguinte, ou quando uma criança sofre acidente em escola pública, por exemplo, tem se reconhecido que a omissão específica do ente público deve ser analisada à luz da responsabilidade objetiva.

Entretanto, é bem verdade que na prática, como bem observado pela análise dos julgados e igualmente ressaltado por Di Pietro, as duas teorias se aproximam muito, não resultando em grande distinção o uso de uma ou outra. Isso porque a divergência reside tão-somente no fato de que os que optam pela teoria da responsabilidade objetiva identificam a omissão com o evento danoso, estabelecendo a partir daí o nexo de causalidade com o dano, independentemente da razão que tenha levado à inação do Estado. E, para os adeptos da teoria subjetiva, a omissão do Estado acaba sendo considerada como uma conduta necessariamente culposa. Basta que o Estado não tenha cumprido o dever de agir que a lei lhe confere para a caracterização de culpa, culpa presumida. Aqui, existe a possibilidade de o Poder Público Provar que não houve omissão culposa ou dolosa para que não seja responsabilizado. Essa presunção de culpa guarda todo o sentido, considerando a posição frágil em que se encontra o administrado e o quão absurda seria a dificuldade e até mesmo a impossibilidade de demonstrar que o serviço não foi desempenhado como deveria.

Quanto a essa inversão do ônus da prova, conforme lecionado por Bandeira de Mello, o administrado não pode conhecer toda a intimidade do aparelho estatal, seus recursos, suas ordens internas de serviço, os meios financeiros e técnicos de que dispõe ou necessita dispor para estar ajustado às possibilidades econômico-administrativas do Estado. Ora, quem quer os fins não pode negar os meios necessários. Se a ordem jurídica quer a responsabilidade pública nos casos de mau funcionamento do serviço, não pode negar as vias de direito indispensáveis para a efetiva responsabilização do Estado – o que, na verdade, só ocorrerá eficientemente com o reconhecimento de uma presunção *juris tantum* de culpa do Poder Público, pois, como regra seria notavelmente

difícil para o lesado dispor dos meios que permitiriam colocá-lo em jogo. Razoável, portanto, que nestas hipóteses ocorra inversão do ônus da prova.<sup>40</sup>

Essa divergência doutrinária e jurisprudencial se justifica pelo fato de que, a regra constitucional disposta no §6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, ainda carece de interpretações densificadoras e concretizadoras de seu conteúdo. Com isso, difícil é a tentativa de adotar definições integrais a respeito do critério de aferição da responsabilidade decorrente de atos omissivos, já que tal pretensão se choca com o obstáculo da falta de generalidade, requisito indispensável para toda tentativa de síntese conceitual. Ficou nítida essa ausência de generalidade até mesmo porque, para dois fatos semelhantes, alguns tribunais adotaram modalidade diferente de responsabilização estatal, corroborando a falta de uma síntese conceitual.

O ponto aqui não é questionar aqueles que entendem que o dispositivo constitucional abarque tanto as ações quanto as omissões estatais, ainda que não faça referência expressa à literalidade do dispositivo. Até mesmo porque, a responsabilidade objetiva que se imputa ao ente público, também não deriva da literalidade do dispositivo. Conforme explanado no capítulo anterior, essa interpretação advém da ausência do elemento “culpa do funcionário” no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. A grande empreitada é definir uma síntese conceitual que possibilite uma uniformização do modo como a omissão estatal será tratada no âmbito da responsabilidade civil, sem, entretanto, deixar de analisar as peculiaridades do caso concreto.

## **6. Os atos omissivos do Estado e a reserva do possível.**

A expressão "reserva do possível" surgiu na Alemanha, em 1972, para denominar a teoria pela qual o Estado, apesar de reconhecer a existência de um direito social, defende a impossibilidade prática de efetivá-lo em face das limitações decorrentes da escassez de recursos para implementação de direitos prestacionais.

---

<sup>40</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo- Editora Malheiros, 2010. P.1016

Considerando que, pela dinâmica dos atos omissivos, estes ocorrem em número mais expressivo que os atos comissivos, é imperativo que se discuta se é sempre possível argüir a responsabilidade civil do Estado nas situações em que houver, fruto da omissão estatal no cumprimento de dever imposto pelo ordenamento jurídico, prejuízo para o particular.

Nos termos da Constituição Federal de 1988, o Estado tem o dever de prestar serviços de saúde, segurança pública, educação entre outros inclusive nos denominados direitos de segunda geração – direitos sociais, econômicos e culturais – e que exigem imenso esforço material. E, nas situações em que existem limitações de ordem orçamentária impedindo o ente público de cumprir adequadamente suas tarefas, este tem suscitado a teoria da reserva do possível como argumento de excludente da responsabilidade civil.

A temática é polêmica e, tanto a doutrina quanto a jurisprudência de nossos tribunais têm discutido a aplicação desta teoria. Antes de adentrar na análise jurisprudencial de como a Corte Suprema tem se manifestado nesses casos, imperioso destacar as lições de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>41</sup> que considera os seguintes elementos como essenciais da teoria da reserva do possível: (i) disponibilidade de recursos financeiros (possibilidade fática); (ii) disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos (possibilidade jurídica); e (iii) a proporcionalidade da medida e razoabilidade da exigência.

Feitas as considerações iniciais, possível neste momento analisar o modo como o STF se posicionou no julgamento do ARE 639337 AgR / SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Oportuno transcrever aqui trecho do Acórdão a respeito da teoria da reserva do possível, para posteriores considerações, *in verbis*:

“A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado,

---

<sup>41</sup> SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2008. P. 307

o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”

Como se observa, o Supremo Tribunal Federal considera que, em regra, as limitações orçamentárias, a princípio, não podem ser utilizadas como fundamento para eximir o Estado do dever de cumprir seus deveres constitucionais básicos, sobretudo no tocante aos direitos fundamentais.

Entretanto, a regra não é absoluta. Lançar mão da teoria da reserva do possível como excludente da responsabilidade estatal será possível, se o ente público se desincumbir plenamente do ônus de provar a impossibilidade de atender àquela demanda. Significa dizer, não será suficiente uma alegação genérica. É necessário que se comprove objetivamente a insuficiência de recursos. Como bem asseverado por Lucas Rocha Furtado:

“Em resumo é possível afirmar que se for demonstrado que a impossibilidade de agir do Estado é real, que se deve à efetiva inexistência de recursos orçamentários, deve ser afastada a responsabilidade do poder público pela não prestação de serviços ou pela não realização de obras públicas. Ou seja, a teoria da reserva do possível não é totalmente afastada do nosso ordenamento e não dever ser, portanto, desconsiderada por completo nas situações em que a impossibilidade de agir do Estado se deva à absoluta incapacidade de atuação por força de limitações orçamentárias ou financeiras”.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2007. P. 1034

Razoável esse entendimento, pois não haveria sentido em exigir do ente público a realização material de comandos da Carta Constitucional, tendo em vista a sua incapacidade econômica financeira.

Ressalte-se que essa insuficiência de recursos não pode, tampouco, resultar de opções discricionárias do poder público. Melhor explicando, motivações políticas ou administrativas, que possam ocasionar uma destinação de recursos públicos para outros fins, não tem o condão de afastar ou atenuar o dever do Estado de agir. Caso o entendimento adotado fosse outro, os desvios para fins, principalmente eleitoreiros, estariam sendo legitimados em detrimento do uso desses recursos buscando a realização dos direitos fundamentais.

## **7. Hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal**

Aproveitando a abordagem feita neste último tópico acerca da exclusão da responsabilidade do ente público, é oportuno, neste momento, uma breve elucidação acerca das hipóteses de exclusão da responsabilidade civil do Estado, tendo em vista sua importância prática em muitos casos.

A responsabilidade civil do Estado não se reveste de caráter absoluto. Não pode o ente público responder por um resultado a que não tenha dado causa, ou seja, a um evento onde não há liame causal entre a conduta estatal e o dano. Conforme a teoria do risco administrativo, que não leva à responsabilidade objetiva integral do Poder Público, adotada pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, é possível ao Estado afastar a sua responsabilidade, devendo produzir prova da excludente do nexo causal.

Imperioso aqui esclarecer as hipóteses que afastam a obrigação indenizatória do poder público. Atentando para as lições de Sergio Cavalieri as causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou



agente. Essa impossibilidade de acordo com a doutrina tradicional, ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.<sup>43</sup>

Antes de adentrar na análise de cada hipótese, é fundamental destacar que não há regra de aplicação dessas hipóteses. Significa dizer, uma análise do caso em concreto, com suas peculiaridades, será necessária para averiguar o cabimento de alguma dessas hipóteses.

### **7.1. Fato exclusivo da vítima**

O fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexos causal em relação ao aparentemente causador do dano direto, que é mero instrumento do acidente. Isto é, a conduta da vítima absorve totalmente a atuação do agente. Assim, não se fala em simples ausência de culpa deste, mas sim, em causa de isenção de responsabilidade.

Quando houver culpa da vítima, há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do Poder Público. Se exclusiva, o Estado, obviamente, não responde; se concorrente, atenua-se a responsabilidade, que se reparte com a da vítima. Observando as lições de Di Pietro:

“Essa solução, que já era defendida e aplicada pela jurisprudência, está hoje consagrada no Código Civil, cujo artigo 945 determina que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”<sup>44</sup>

### **7.2. Fato exclusivo de terceiro**

Não raro, acontecem casos em que o ato de terceiro é a causa exclusiva do evento, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima.

---

<sup>43</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil – 10.ed.- São Paulo : Atlas, 2012. p.68

<sup>44</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26 ed. -São Paulo: Atlas, 2013.P 714

O fato de terceiro só exclui a responsabilidade quando rompe o nexo causal entre o agente e o dano sofrido pela vítima e, por si só, produz o resultado. Em outras palavras, é preciso que o fato de terceiro destrua a relação causal entre a vítima e o aparente causador do dano; que seja algo irresistível e desligado de ambos. Em casos tais, o fato de terceiro, segundo a opinião dominante, equipara-se ao caso fortuito ou força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável.<sup>45</sup>

Socorre observar que, se não obstante o fato de terceiro, a conduta do agente também concorre para o resultado, já não haverá mais a exclusão da causalidade. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de transporte de passageiros. Segundo súmula 187 do STJ, a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Importante mencionar aqui, aproveitando as recentes manifestações que ocorreram em todo o país, a ressalva feita por José dos Santos Carvalho filho com relação aos atos de multidões, nos quais os indivíduos sofrem prejuízos em razão de atos danosos praticados por agrupamentos de pessoas:

“A regra, aceita no direito moderno, é a de que os danos causados ao indivíduo em decorrência exclusivamente de tais atos não acarreta a responsabilidade civil do Estado, já que, na verdade, são tidos como atos praticados por terceiros. Sequer existem os pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado, seja pela ausência da conduta administrativa, seja por falta do nexo causal entre os atos estatais e o dano”.<sup>46</sup>

### **7.3. Caso Fortuito e força maior**

Ainda que, para alguns doutrinadores, não exista qualquer interesse prático em distinguir o caso fortuito da força maior, haja vista que tanto um quanto o outro importam em excludente de responsabilidade civil, não seria despidendo observar as peculiaridades de um e de outro.

---

<sup>45</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil – 10.ed.- São Paulo : Atlas, 2012. p.70

<sup>46</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo – 20.ed : Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 528

A força maior apresenta como elemento indispensável para a sua caracterização a irresistibilidade, que decorre de fato superior às forças do agente ainda que previsível. O caso fortuito, por sua vez, apresenta, como elemento indispensável, a imprevisibilidade. Todavia, não se trata de uma imprevisibilidade genérica, e sim, aquela que é específica, relativa a um fato concreto. Caso contrário, pautando-se pela abstração, tudo seria previsível.

Entretanto, não é qualquer caso fortuito que dá ensejo a elidir a responsabilidade civil. Convém registrar que na responsabilidade objetiva, em algumas hipóteses, o caso fortuito não afasta o dever de indenizar. Tal ocorre no chamado fortuito interno, assim entendido o fato imprevisível – e por isso, inevitável –, mas que se liga aos riscos do empreendimento, integrando a atividade empresarial de tal modo que não é possível exercê-la sem assumir o fortuito.<sup>47</sup>

Nesta seara, não elide a responsabilidade do transportador, o roubo do talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco, pois trata-se de caso fortuito interno (STJ REsp 685662). Em comum, tanto o caso fortuito como a força maior devem ter como requisito a inevitabilidade, que deve ser apurada em concreto, tendo em vista as contingências reais e peculiares de cada caso no momento da ocorrência.

---

<sup>47</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil – 10.ed.- São Paulo : Atlas, 2012. p.73

### **Capítulo 3 – A responsabilidade do Estado frente aos atos de suicídios ocorridos no interior de estabelecimentos prisionais mantidos pelo Estado.**

#### **8. Introdução sobre o tema**

Delimitado os parâmetros e as diretrizes de aplicação da responsabilidade civil do Estado no primeiro e segundo capítulo, possível, neste momento, analisar a sua incidência nas hipóteses de suicídio de presidiários. O tema é polêmico e vem sendo amplamente debatido, principalmente, após a repercussão geral que o STF reconheceu no Agravo (ARE) 638467 quanto à matéria da responsabilidade do Estado por morte de detento, abrangendo as hipóteses de suicídio, e após o informativo 520 do STJ de 12 de junho de 2013, que tratando especificamente de casos de suicídio de detentos, se posicionou pela responsabilidade civil objetiva do Estado.

É certo que os direitos fundamentais do cidadão preso estão garantidos pela Constituição de 1988 e são pautados pela dignidade humana, que faz do cidadão merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como lhe garante as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. Entretanto, tem se observado que o poder estatal passou a utilizar da pena e das prisões como principal forma de controle e manutenção da ordem, esquecendo-se que seu objeto e limite de atuação estão estabelecidos e vinculados aos direitos fundamentais

O Estado tem o dever de zelar pela integridade física dos internos em estabelecimentos penitenciários que estão sob sua custódia. Porém, qual o limite racional para essa responsabilidade do Estado? Configuraríamos as hipóteses de suicídio um rompimento do nexo de causalidade, por se tratar de culpa exclusiva da vítima, eximindo o ente público? Como pleitear a responsabilidade civil do Estado, sem transformá-lo em uma espécie de segurador universal?

Esses questionamentos serão respondidos ao longo do capítulo. Antes, entretanto, é imperioso analisar os direitos e garantias fundamentais que foram conferidos aos detentos pelo ordenamento jurídico pátrio.

## 9. Direitos e garantias fundamentais dos detentos.

A Constituição Federal consagra, em seu título II (artigos 5 a 12), os direitos e garantias fundamentais, sendo este um rol que, apesar de analítico, não é taxativo, tendo em vista a abertura proporcionada pelo art. 5º, § 2º da Carta Magna, que permite a verificação de outros direitos e garantias fundamentais, decorrentes de princípios, leis ou tratados internacionais.

Sobre essa abrangência da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais na Carta de 1988, asseverou Ingo Wolfgang:

“Importante considerar, ainda, que uma conceituação de cunho genérico e universal somente parece viável, à medida que propositalmente aberta, de modo a permitir a sua permanente adaptação à luz do direito constitucional positivo. Assim sendo, poderíamos propor a seguinte definição, baseada – importa ressaltá-lo – em R. Alexy, mas que não deixa de considerar a abertura material consagrada expressamente pelo direito constitucional positivo pátrio. Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal”<sup>48</sup>

Para Sarlet, é inquestionável que a abertura material do catálogo abrange os direitos individuais, considerados como tais e para efeitos deste trabalho os direitos fundamentais de cunho negativo, dirigidos *prima facie* à proteção do indivíduo (isolada ou coletivamente) contra intervenções do Estado, isto é, centrados numa atitude de abstenção dos poderes públicos, o que pode ser deduzido tanto da expressão literal da norma quanto da sua localização no texto.

---

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2008. P. 89

Essa abertura que a Carta Magna confere aos direitos fundamentais é de relevante importância, pois não se tem conhecimento de todas as formas de violação desses direitos. Não existe um rol fechado de riscos para a pessoa humana e os direitos que lhes são inerentes, o que implica em constante readaptação dos mesmos no contexto em que estão inseridos. Ressalte-se que os direitos fundamentais são direitos de eficácia e aplicação imediata, balizados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conforme preceitua o §1º do art. 5º da Constituição, ao dispor expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Em especial, para o cidadão-presos, o artigo 5º inciso XLIX lhes garantiu o respeito à integridade física e moral, assim como o inciso XLVII, do mesmo artigo 5º, proibiu as penas cruéis, e, igualmente, o inciso III estabelecendo que ninguém será submetido a tratamento cruel, desumano ou degradante.

Na maioria das vezes, o preso não é visto como um indivíduo dotado de direitos, como um cidadão que tem assegurado todas as garantias constitucionais, pelo simples fato de estar privado de sua liberdade, vivendo em um mundo à parte da realidade, isolado pelas forças do Estado. Nesse contexto, não se confere dignidade alguma àqueles, que por sua vez, se sentem estigmatizados, com restritas possibilidades de reinserção no convívio social. Ocorre, de fato, uma inescrupulosa inversão do homem enquanto sujeito de direitos para mero objeto que está sob a tutela penal do Estado.<sup>49</sup>

O cidadão-presos deve ser tratado com dignidade, vista em seu conceito amplo, superando a intolerância, a discriminação, a exclusão social, a violência, a incapacidade de aceitar o diferente.

Todavia, tem sido constatado que as casas prisionais se transformaram em um depósito de gente. Há certa dificuldade de compreensão de que o Estado somente existe em função do indivíduo, sendo este sua finalidade e não meio de atividade. A situação dos presídios talvez seja a maior prova da falta de realização dos direitos fundamentais que a Constituição assegura aos que

---

<sup>49</sup> ADORNO, Rodrigo dos Santos. Uma análise crítica à execução penal a partir de uma penitenciária no Rio Grande do Sul. Disponível em [www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=227](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=227)

sofreram condenação penal. É de suntuosa contribuição, para vislumbrar essa situação dos presídios, o trabalho realizado por Lizandra Pereira Demarchi quanto à situação do presídio central de Porto Alegre, *in verbis*:

“Confirmando essa assertiva, na visita realizada no Presídio Central de Porto Alegre, em 20 de maio de 2005 [ 12 ], já se podia constatar que alguns dos direitos fundamentais do cidadão-presos ainda não estavam presentes naquele lugar. Perderam-se em algum lugar do passado, com a separação do Estado e da sociedade, talvez. Quando a ética esteve separada do direito, e valores como justiça passaram a justificar ações nem sempre relacionadas à salvaguarda dos direitos do indivíduo. Pelas informações recebidas da direção daquela casa prisional, na contagem feita no dia 18.05.05, 3.667 cidadãos-presos encontravam-se recolhidos. Destes, cerca de 800 a 900 já tinham condenação, e os demais, estavam aguardando julgamento. A grande maioria dos delitos dizia respeito a tráfico de entorpecentes e contra o patrimônio. Em torno de 10% da massa carcerária era de homicidas. O maior número de presos tem entre 18 a 25 anos e a maioria pertencente às camadas mais baixas da população, pois sequer haviam completado o ensino fundamental.(...) basta citar apenas as condições das celas da casa prisional para que se tenha a certeza de que a integridade física e moral do cidadão-presos não são respeitadas. Cada uma das celas visitadas na Galeria F do Presídio Central tem capacidade para 08 cidadãos-presos. Porém, em nenhuma delas, na visita realizada em 2005, havia menos de 14 pessoas. A média referida pelos próprios responsáveis pela segurança do presídio era de 18 indivíduos por cela, em um lugar, frise-se, que possuía 08 camas, e com espaço disponível (entre os beliches) em torno de 3m², talvez nem isso.”<sup>50</sup>

Os relatos proporcionados por este estudo supramencionado não trazem surpresa alguma. É corriqueiro tomar conhecimento da violação dos direitos fundamentais do cidadão-presos nas dependências do complexo carcerário. Superlotação, falta de condições básicas de higiene, homens e mulheres juntos na mesma cela<sup>51</sup>, ociosidade, violência, promiscuidade sexual, arbitrariedades, entre outros agravantes, estão presentes nas penitenciárias espalhadas pelo país.

---

<sup>50</sup> DEMARCHI, Lizandra Pereira. Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social . Disponível em <http://www.lfg.com.br> 9 setembro. 2008.

<sup>51</sup> Reportagem da revista Veja de 22/05/2009, disponível em <http://veja.abril.com.br/blog/augusto-nunes/o-pais-quer-saber/a-menina-presa-numa-cela-com-20-homens-virou-testemunha-e-sumiu/>

Existem presos já submetidos ao cárcere bem antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, em evidente violação do princípio da presunção de inocência, também garantia constitucional de todos (art. 5º, LVII).

Diante dessas condições, torna-se difícil manter a dignidade dos cidadãos-presos, sendo comum ouvir notícias sobre rebeliões, fugas, homicídios e suicídios ocorridos nas dependências dos presídios. Esse contexto não condiz com a responsabilidade que se incumbe o Estado ao impor a esses indivíduos a restrição de sua liberdade: zelar pela sua integridade física e moral.

### 9.1. Lei de Execução Penal

Além das garantias previstas na Constituição Federal de 1988, é de suma importância balizar os direitos, garantidos aos cidadãos-presos, trazidos pela Lei de Execução Penal. A execução penal é um procedimento destinado à efetiva aplicação da pena ou da medida de segurança que fora fixado anteriormente por sentença. Trata-se de processo autônomo que é regulamentado pela lei de execução penal nº 7.210/1984. Este dispositivo visa proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, abordando também direitos e garantias que complementam àquelas anteriormente analisadas.

O rol de direitos do condenado, diferentemente dos seus deveres<sup>52</sup>, é *numerus apertus* e está disciplinado no artigo 41 da Lei de Execuções Penais (LEP), *in verbis*:

---

<sup>52</sup> O rol de deveres do condenado é taxativo e está disciplinado no artigo 39 da lei de execuções penais:

Constituem deveres do condenado:

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- X - conservação dos objetos de uso pessoal.



“Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.”

É certo, todavia, que apesar dos direitos e garantias arrolados por essa lei, o que vem sendo demonstrando é a ineficácia de sua aplicação. A LEP não tem atendido como deveria aos objetivos a que se propõe. Isso não somente pelo descaso com os presídios de uma forma geral, cuja regulamentação expressa na LEP<sup>53</sup> já não atende às necessidades atuais conforme já abordado anteriormente, mas igualmente pela burocratização do sistema de concessão de benefícios ao preso. Isso se observa, por exemplo, no que tange à assistência judiciária gratuita. Só que não obstante os artigos 15 e 16 da LEP, garantirem, ao apenado sem recursos financeiros (a esmagadora maioria), assistência judiciária gratuita, esta, quando existente, não é concebida como um direito subjetivo do apenado, e sim meramente como um instrumento utilizado, quando necessário, para evitar tumultos. Inclusive este parece ser o objetivo que norteia todas as tarefas executadas na maioria das penitenciárias.<sup>54</sup>

---

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

<sup>53</sup> Art. 88 da LEP “O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).”

<sup>54</sup> ADORNO, Rodrigo dos Santos. Uma análise crítica à execução penal a partir de uma penitenciária no Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=227>. Este artigo traz ainda dados

## Corroborando a ineficiência da LEP, oportuno as lições de Luís Eduardo

Cicote:

“Essas determinações da Lei 7210/84, recepcionadas pela Constituição Federal em vigor, que outorgou ao condenado a pena privativa de liberdade vários direitos e garantias, visando a sua efetiva recuperação e reintegração ao convívio social, não foram cumpridas. Em consequência dessa grave e inescusável omissão do Poder Público, muitos condenados, a despeito de beneficiados na sentença pelo regime aberto, cumpriram pena no regime fechado em virtude da inexistência de vaga ou mesmo de casa do albergado.”<sup>55</sup>

Outrossim, com o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)<sup>56</sup>, a mais nova e drástica sanção disciplinar - art 52 da LEP, incluído pela lei 10.792/03, tem-se argüido descumprimento ao previsto no inciso XLVII, do 5º da CF, que proíbe penas cruéis, tendo em vista a natureza do regime. Com esse regime disciplinar diferenciado, o sistema punitivo nacional aderiu, explicitamente, a novos discursos que se desobrigam de qualquer preocupação com os deletérios danos que produzem. Assim, adotando como objetivo principal a maximização da "eficiência" dos mecanismos repressores e a eliminação/neutralização dos

---

importantes que demonstram que a Lei de Execução Penal não tem sido devidamente cumprida, *in verbis* A fim de estabelecer um panorama geral das condições de aplicação da pena privativa de liberdade na Penitenciária Estadual de Rio Grande, alguns dados obtidos e analisados podem, por nós, assim serem objetivamente sintetizados:

*TABELA 5: Condições de aplicação da pena na PERG.*

*DÉFICIT DE VAGAS -CERCA DE 25%; INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA INEXISTENTE; ASSISTÊNCIA JURÍDICA -PRECÁRIA; ASSISTÊNCIA RELIGIOSA - BOA; ASSISTÊNCIA À SAÚDE - PRECÁRIA; ASSISTÊNCIA EDUCACIONAL - REGULAR; TRABALHO PRISIONAL - SIGNIFICATIVO; REVISTA ÍNTIMA - REALIZADA EM 1 A CADA 5 VISITANTES; ASSISTÊNCIA AO EGRESSO - INEXISTENTE; RECURSOS FINANCEIROS -PRECÁRIOS; DADOS ESTATÍSTICOS- INEXISTENTES; VISITAS ÍNTIMAS- EM CONDIÇÕES PRECÁRIAS; OCORRÊNCIA DE FUGAS DE JANEIRO À SETEMBRO: 9 FUGAS*

<sup>55</sup> NERY JUNIOR, Nelson e DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. Responsabilidade civil, v.6 – São Paulo – Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.218

<sup>56</sup> Art. 52 da LEP “A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003.)

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

II - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)”

encarcerados incômodos, o novo modelo normativo abdica de eventuais "pudores humanitários e garantistas, assumindo toda a virulência da violência das instituições totais.

## **10. Entendimento jurisprudencial nos casos de suicídio de detentos dentro dos estabelecimentos prisionais mantidos pelo Estado.**

Diante dessas informações, com uma breve noção dos direitos e garantias dos detentos, bem como de quão deficitário se encontra o sistema penitenciário, possível, neste momento, analisar a forma como os tribunais superiores pátrios têm se posicionado quando a matéria trata da responsabilidade do Estado frente aos suicídios de detentos.

O STJ, tribunal da cidadania, talvez fazendo aqui jus a esse codinome, editou o informativo 0520 de 12 de junho de 2013 para determinar a responsabilidade objetiva do Estado no caso de suicídio de detento nos seguintes termos:

### **DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NO CASO DE SUICÍDIO DE DETENTO.**

A Administração Pública está obrigada ao pagamento de pensão e indenização por danos morais no caso de morte por suicídio de detento ocorrido dentro de estabelecimento prisional mantido pelo Estado. Nessas hipóteses, não é necessário perquirir eventual culpa da Administração Pública. Na verdade, a responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio no qual foram inseridos pelo próprio Estado. Assim, devem ser reconhecidos os referidos direitos em consideração ao disposto nos arts. 927, parágrafo único, e 948, II, do CC. AgRg no REsp 1.305.259-SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2/4/2013. (grifo nosso)

O informativo supramencionado determina a aplicação da responsabilidade civil do Estado para os casos de suicídio de detentos no interior de complexos prisionais mantidos pelo Poder Público. Algo que já era atribuído para os casos de assassinatos de detentos onde a jurisprudência<sup>57</sup>, e ressalte-se que não poderia ser outro entendimento, considerando que, por estes indivíduos estarem sob a tutela do Estado, deve este zelar pela integridade dos mesmos.

---

<sup>57</sup> Apelação Cível 903378920058260477, 3ª Câmara de Direito Público, TJSP; Apelação Cível nº 753.037-5/3-00, 6ª Câmara de Direito Público, TJSP; Apelação Cível nº 70050519115, 10ª Câmara Cível TJRS.

Sérgio Cavalieri elenca, em sua obra “Programa de responsabilidade civil, as seguintes ementas: “morte de detento em rebelião em presídio (Ap. Civ. 58.957/2008, TJRJ); omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio [...]; com a prisão do indivíduo, assume o Estado o dever de cuidar de sua incolumidade física, quer por ato do próprio preso (suicídio), quer por ato de terceiro (agressão, perpetrada por outro preso); assim, ante a rebelião que eclodiu no Pavilhão 9, da Casa de Detenção, tinha o Estado o dever de proteger a incolumidade física dos presos e dos próprios revoltosos, uns dos atos dos outros; sua intervenção no episódio era, portanto, de rigor; e ocorrendo ofensa à integridade física e morte do detento, é seu dever arcar com a indenização correspondente (AI 299.125<sup>58</sup>, Rel. Min. Celso de Mello)”<sup>59</sup> Ainda nesse sentido: “tanto a doutrina quanto a jurisprudência são pacíficas no sentido de que a morte de detento em estabelecimento prisional acarreta a responsabilidade do Estado por culpa “in vigilando”, uma vez que a vítima se achava sob custódia e proteção do Poder Público, cujos agentes deveriam zelar pela incolumidade de seus presos.(Ap. Civ. Apelação 903378920058260477, TJSP);

A melhor doutrina também é uníssona quanto a esse mesmo entendimento para os casos de assassinato de detento por terceiro. “O fato de o preso assassinar seu companheiro de cela, dentro do presídio, caracteriza igualmente *conduta omissiva* da administração, vale dizer, falha do serviço,

---

<sup>58</sup> Neste AI 299.125 de relatoria do Ministro Celso de Mello perante o STF, cujo episódio foi a famosa rebelião ocorrida no complexo penitenciário do Carandiru, a tese de alegação da defesa do ente público, representada pela procuradoria do Estado de São Paulo, foi o estrito cumprimento de dever legal e a prática de legítima defesa que, teriam pautado a conduta de seus agentes, visando descaracterizar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público. Entretanto a alegação não foi acolhida pela Corte que entendeu presente os requisitos para configuração da responsabilidade objetiva, *in verbis* “*Estabelecidas tais premissas, passo ao exame destes autos. E, ao fazê-lo, observo que as circunstâncias do presente caso - apoiadas em pressupostos fáticos soberanamente reconhecidos pelo Tribunal “a quo” – evidenciam que todos os elementos identificadores da responsabilidade civil objetiva do Estado acham-se demonstrados no caso ora em análise, especialmente o nexo de causalidade material (que restou plenamente configurado) e cuja ruptura a parte ora agravante, que alegara a ocorrência de causa excludente de sua responsabilidade civil, não conseguiu demonstrar.*”

<sup>59</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil – 10.ed.- São Paulo : Atlas, 2012. p.268

infringindo-se o dever de vigilância e de preservação da incolumidade física e psíquica do preso”<sup>60</sup>

Aproveitando a menção feita pelo informativo 0520 do STJ ao AgRg no REsp 1.305.259-SC, analisemos a forma como esta Corte se pronunciou neste julgado que foi ementado nos seguintes termos:

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO CARACTERIZADA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

1. Na hipótese dos autos, as recorridas ajuizaram ação ordinária visando à condenação do Estado de Santa Catarina ao pagamento de indenização pelos danos que suportaram com o suicídio de um parente em uma cela de presidiária.
2. O Tribunal de origem não condenou o Poder Público, em razão da ausência de nexo de causalidade entre eventual omissão estatal e o falecimento do preso.
3. Contudo, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de que não é necessário perquirir eventual culpa/omissão da Administração Pública em situações como a dos autos, já que a responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio em que eles estão inseridos por uma conduta do próprio Estado.
4. Agravo regimental não provido.

Tratava-se de ação ordinária, na qual houve pedido de reparação de danos conseqüentes de suicídio de detento no interior de sua cela, localizado no município de Mafra, em Santa Catarina. Ocorre que a Corte recorrida não condenou o Estado de Santa Catarina, sob o fundamento de que não houve provas de que o Poder Público foi omissivo no seu dever de vigilância. Considerou o tribunal de origem que os fatos deveriam ser analisados sob o prisma da responsabilidade subjetiva, por se tratar de um evento, cujo dano, se atribuiu à omissão do Estado em velar pela integridade física e psíquica do detento no interior de suas instalações. Assim, alegando que os requisitos para a configuração da responsabilidade civil não foram preenchidos, uma vez que não se conseguiu comprovar que a morte do detento foi decorrente da omissão do Estado em guardá-lo, não acolheu o pedido de danos morais e pensionamento.

---

<sup>60</sup> NERY JUNIOR, Nelson e DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. Responsabilidade civil, v.6 São Paulo – Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.31

O relator, Ministro Mauro Campbell, indo de encontro ao entendimento proferido pelo tribunal de origem, acolheu o Recurso Especial e negou o agravo regimental que pleiteava o seu não reconhecimento. Com isso, asseverou pela reforma da decisão recorrida, *in verbis*:

“É que em hipóteses tais como a dos autos, não é necessário perquirir eventual culpa/omissão da Administração Pública. Na verdade, a responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio em que eles estão inseridos por uma conduta do próprio Estado.(...) Dessa forma, tendo em vista que a morte por suicídio do detento ocorreu dentro de uma cela de presídio mantido pelo Estado, a reforma do acórdão *a quo* foi bem determinada pela decisão ora agravada. Isso porque deve ser reconhecido o direito das recorrentes ao pagamento de pensão (fundamentada no artigo 948, inciso II, do CC) e de indenização por danos morais (com base no artigo 927, parágrafo único, do CC).”

Foram interpostos ainda embargos declaratórios pelo Estado de Santa Catarina, que alegou omissão em face da existência ou não de nexo causal a autorizar a condenação do Estado ao pagamento de indenização, pela morte do detento, como consequência de ato por ele mesmo praticado. Visava a procuradoria do Estado afastar o nexo de causalidade, em face da culpa exclusiva da vítima, conforme decisão do tribunal de origem. Entretanto, tal pretensão não restou acolhida:

“Embora no acórdão recorrido (aquele prolatado pelo Tribunal *a quo* e juntado às fls. 329/337 dos autos) tenha sido afirmada a culpa exclusiva da vítima - e assim afastado o nexo de causalidade - é de se ressaltar que, no caso em concreto, a relação que deve ser estabelecida é entre o fato de ele estar preso sob a custódia do Estado. Conforme muito bem ressaltado pela Exmo. Senhor Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI em seu voto relativo ao recurso especial nº 847.687/GO, “o Estado tem o dever de proteger os detentos, inclusive contra si mesmos. Não se justifica que tenha tido acesso a meios aptos a praticar um atentado contra sua própria vida. Os estabelecimentos carcerários são, de modo geral, feitos para impedir esse tipo de evento. Se o Estado não consegue impedir o evento, ele é o responsável”.(grifo nosso)

A decisão do Ministro reitera o que já se vinha decidindo em outros julgados<sup>61</sup> que versavam sobre esta mesma matéria, onde o Superior Tribunal de Justiça considerou que o evento do suicídio de detento, no interior de presídio, deve sim ser entendido à luz da responsabilidade objetiva, asseverando que a partir do momento em que o indivíduo é detido, este é posto sob a guarda, proteção e vigilância das autoridades policiais, que têm por dever legal tomar medidas que garantam a incolumidade física daquele, quer por ato do próprio preso (suicídio), quer por ato de terceiro (agressão perpetrada por outro preso).

Andou bem quanto a essa matéria o Tribunal da Cidadania, imputando os casos de suicídio de detentos na esfera da responsabilidade civil objetiva do Estado. Entendimento diverso não merece guarida. Face à privação do indivíduo de seu direito de liberdade, deve o Estado zelar pela sua integridade, não só contra atos de terceiros, mas também do próprio preso, principalmente, conforme restou demonstrado no tópico anterior, diante das más condições dos complexos penitenciários.

Ressalte-se que adotar esse entendimento não significa aplicar a teoria do risco integral<sup>62</sup>, modalidade extremada da doutrina do risco, para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. Se fosse admitida a teoria do risco integral em relação à Administração Pública, ficaria o Estado obrigado a indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular, ainda que não decorrente de sua atividade, posto que estaria impedido de invocar as causas de exclusão do nexo causal, o que, a toda evidencia, conduziria ao abuso e à iniquidade.<sup>63</sup>

Como bem ressaltado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, em seu voto relativo a esse Recurso Especial 847.687/GO, não se justifica que o detento

---

<sup>61</sup> AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.258.753 – GO, RECURSO ESPECIAL Nº 466.969 – RN, RECURSO ESPECIAL Nº 430.526 – SP, RECURSO ESPECIAL Nº 847.687 - GO

<sup>62</sup> A teoria do risco integral é aplicada para os casos de acidente de trabalho, em que a indenização é devida mesmo que o acidente tenha decorrido de culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito. Igualmente, é aplicada nos casos de danos causados por acidentes nucleares (art.21, XXIII, d, da Constituição Federal).

<sup>63</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil – 10.ed.- São Paulo : Atlas, 2012. p.258

tenha acesso a meios aptos a praticar um atentado contra sua própria vida. Esse é o fundamento da responsabilização do Estado, pois o dever de vigilância é anterior ao suicídio, pois já se inicia com o ingresso do detento no complexo penitenciário. E, é nesse dever de vigilância do Estado que reside o nexo de causalidade, de forma que, a alegação de culpa exclusiva da vítima, nessas hipóteses, não seria cabível. Para cercear a liberdade, cumpre não devestir o indivíduo de sua segurança

Igualmente ocorrido no AgRg no REsp 1.305.259-SC, nesse Resp 847.687/GO, a matéria foi tratada da mesma forma, seguindo o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que têm sido uníssono no sentido de que, a responsabilidade civil do ente público é objetiva considerando o nexo de causalidade entre a omissão do serviço público e a lesão causada à pessoa que estava sob a custódia do Estado, o qual deveria zelar pela sua integridade física. Assim foi asseverado pelo relator deste Recurso Especial, o Ministro José Delgado, *in verbis* “O posicionamento que assumo está em harmonia com o pregado, na época contemporânea, sobre a extensão da responsabilidade civil do Estado referentemente aos serviços prestados à sociedade e à obrigação de zelar pelo cumprimento dos princípios da dignidade humana e da valorização da cidadania que estão insculpidas no art. 1º, incisos II e III da CF.”

O Estado, no exercício do poder que a lei lhe confere de fazer juízo de valor sobre o comportamento das pessoas e lhes impor pena privativa de liberdade como punição, segregação, prevenção e objetivo de ressocialização, tem o dever de guarda e incolumidade sobre os seus condenados e encarcerados. Desta feita, se detento teve acesso aos meios para se suicidar, foi claramente omissa o Estado no seu dever de vigilância. Elidir a responsabilidade do ente público, acolhendo as teses de defesa que sustentam o rompimento do nexo causal, seria obrigar o detento e conseqüentemente sua família a responderem pela incúria ou ineficiência do aparelhamento estatal.

É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que



não causou quando estiver de direito obrigado a impedi-los.<sup>64</sup> Exatamente esse entendimento que deve ser aplicado a essas situações, pois, ainda que o ato causador do dano tenha sido o próprio detento, estava o Estado obrigado a impedi-lo em função de seu dever de vigilância.

Tendo em vista a relevância dessa tema, o ministro-relator do Agravo (ARE) 638467<sup>65</sup> em trâmite no STF, que discute o alcance da responsabilidade do Poder Público no caso de morte de detento sob sua custódia, Luiz Fux, se manifestou no sentido de reconhecer a repercussão geral da matéria, “haja vista que o tema constitucional versado nestes autos é questão relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, e ultrapassa os interesses subjetivos da causa”. Segundo o relator, “a questão constitucional posta à apreciação deste Supremo Tribunal Federal cinge-se na discussão sobre a responsabilidade civil objetiva do Estado, em razão de morte de detento, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal”.

A jurisprudência<sup>66</sup> do STF tem se posicionado no sentido de que, o Estado tem o dever de zelar pela incolumidade dos detentos sob sua custódia, cabendo a ele o ônus de indenizar a quem de direito pela morte de um custodiado, ainda que decorrente de suicídio. Entretanto, assim não o foi sempre.

O Ministro Francisco Rezek, no julgamento do RE 112130, entendeu pela não configuração da responsabilidade civil do Estado diante de um caso de suicídio de indivíduo detido. Trata-se do primeiro caso de discussão sobre a responsabilização do Estado por suicídio de detento, em trâmite no STF, que se tem notícia, nesse sentido:

“Em cela absolutamente segura, onde o extinto não foi posto ao lado de qualquer pessoa que representasse perigo para a sua integridade, (como acontecera nos precedentes em que esta Corte deu guarida à postulação

---

<sup>64</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo- Editora Malheiros, 2010. P.1014

<sup>65</sup> O Recurso Extraordinário foi ementado nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL.

<sup>66</sup> AI-AgR 603865/GO de relatoria da Ministra Carmen Lúcia; RE-AgR 548618 de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski;

familiar), o que aconteceu foi um infortúnio, por conta do qual não é justo, não é de bom direito, entender-se que o estado deve à família uma indenização, que o Estado deve, segundo a teoria da responsabilidade objetiva e pelo só fato de encontrar-se detido o suicida em instalações de domínio público, ressarcir família.”

Em que pese o posicionamento jurisprudencial que tem sido firmado pela responsabilização objetiva do Estado nos casos de suicídio de detentos, é preciso considerar, para a imputação de responsabilidade ao ente estatal, se existem meios materiais disponíveis e a possibilidade efetiva de sua utilização. Não se reclama, para tanto, a imprevisibilidade do evento. Esse é o raciocínio comumente empregado nos casos de suicídio de pacientes internados em hospitais públicos.

Não seria razoável responsabilizar o Estado por eventos que fogem a seu controle, como por exemplo, o fato de um raio matar um ou alguns presidiários, pois que não haveria conexão lógica alguma entre a situação de risco e o raio. Caso contrário, admitir a responsabilidade objetiva em hipóteses como essas, o Estado estaria erigido como segurador universal.

O raciocínio não poderia ser outro que não aquele esposado por Sergio Cavalieri: “Tem-se dito, com absoluto acerto, que, para trilhar os caminhos da responsabilidade civil, o estudioso necessita, além de não perder de vista a constante evolução social, utilizar com frequência a lógica do razoável”<sup>67</sup>

Ao problematizarmos o critério objetivo para aferição da responsabilidade do Estado, o que sustentamos implica seguir as modernas tendências de alargamento das responsabilidades dos entes compreendidos pelo artigo 37, § 6º, da CF e da ampliação do âmbito de proteção da vítima, quanto mais do detento, considerando as circunstâncias em que se encontra inserido. Não se olvidando, entretanto, das peculiaridades do caso em concreto.

---

<sup>67</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil – 10.ed.- São Paulo : Atlas, 2012.

## CONCLUSÃO

A responsabilização civil extracontratual do Estado – obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos imputáveis aos agentes públicos – percorreu longo caminho até chegar aos dias de hoje. O instituto recebeu tratamento diverso no tempo e no espaço.

Por muito tempo adotou-se a teoria da irresponsabilidade, na qual o Estado, representado pelo rei, exercia autoridade incontestável perante os súditos. Aos poucos essa teoria foi sendo abandonada, por sua evidente injustiça, pois não poderia o Estado, na posição de tutor do Direito, deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causasse danos a terceiros. Seguindo a tendência de alargamento das garantias individuais, momento marcado pelo surgimento do Estado Liberal de Direito, surgem as teorias civilistas, adotando-se os princípios do Direito Civil, apoiadas na idéia de culpa. Em um primeiro momento, diferenciavam-se, para fins de responsabilidade, os atos de império dos atos de gestão. Os atos de império eram aqueles praticados pela Administração no exercício de sua soberania, com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade, contra os quais não incidia a responsabilidade civil. Quanto aos atos de gestão, estes eram aqueles atos praticados pela Administração nos quais ela se equiparava ao particular, aplicando-se a ambos o direito comum, sendo passíveis de gerar responsabilidade. Entretanto, diante da dificuldade de distinção entre atos de império e atos de gestão e com o crescente predomínio das normas de direito público sobre as normas de direito privado, a teoria civilista acabou perdendo espaço.

A teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa marca a transição das teorias civilistas para as publicistas. Esta teoria, também chamada de teoria do acidente administrativo, procurava desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário. A *faute* do serviço ocorria nas hipóteses em que o serviço público não funcionou, funcionou atrasado ou funcionou mal, incidindo, então, a responsabilidade do Estado. Ainda que se trate de uma teoria baseada na responsabilidade subjetiva, inegável foi o avanço em relação às teorias anteriores. Bastava a constatação do dano causado por defeito na

execução de um serviço para responsabilização do Estado, independente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.

Finalmente, chega-se à teoria da responsabilidade objetiva, fundada no risco administrativo. Baseava-se no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Significa dizer, os benefícios, assim como os prejuízos decorrentes da atividade estatal, serão repartidos por todos os membros da sociedade. Dessa forma, se um indivíduo sofre um ônus maior do que aquele suportado pelos demais, rompe-se o equilíbrio que deveria haver entre os encargos sociais, devendo o Estado indenizar o prejudicado mediante recursos do erário.

Esta teoria trabalha com a substituição da idéia de culpa pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado, sendo irrelevante se esse serviço tenha funcionado bem ou mal. Trata-se de um evidente progresso, por conferir maior benefício ao lesado – dispensado, agora, de provar a culpa do ente público. Algo que não era razoável, tendo em vista a insuficiência de mecanismos do lesado perante o Estado, para comprovar a culpa deste. Partindo da idéia de que a atuação estatal envolve, naturalmente, risco de dano, prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa) e retira, de certa forma, o Estado de uma posição superior, intocável.

No Brasil, não experimentamos a teoria da irresponsabilidade do Estado. A tese da responsabilidade do Poder Público sempre foi aceita como princípio geral e fundamental de Direito. Aqui, a responsabilidade civil foi tratada pela primeira vez no artigo 15 do Código Civil de 1916, sob a modalidade subjetiva. Porém, a partir da Constituição de 1946, a modalidade objetiva de responsabilização civil do ente público foi consagrada. Atualmente, encontra-se disciplinada no artigo 37, §6,º da Constituição Federal de 1988.

São três os pressupostos para a configuração da responsabilidade civil objetiva do ente público: (i) ação ou omissão do agente público, seja praticando um ato lícito ou um ato ilícito; (ii) ocorrência de dano, que seja certo e não eventual e, para os atos lícitos, seja ainda específico e anormal; e (iii) nexo de

causalidade ente o ato do agente público e esse dano. A teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada são as principais teorias referentes ao nexo de causalidade. Entendemos que, seguindo o que tem sido aplicado nos tribunais, a teoria da causalidade adequada se apresenta mais lógica por selecionar, dentre as causas do evento, aquelas que, de fato, são aptas a produzir o resultado. Nas ações de responsabilidade civil objetiva, a discussão gira em torno do nexo de causalidade, por ser este um meio possível de excluir o dever de indenizar do Estado.

Importante destacar também a divergência doutrinária e jurisprudencial no tocante à natureza da responsabilidade do Estado por atos omissivos. Alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, juízes e a corrente majoritária no STJ consideram que essa responsabilidade deve ser subjetiva para atos omissivos. Outros autores, como Sérgio Cavalieri Filho e, igualmente, os magistrados do Supremo Tribunal Federal, fazem a distinção entre o tipo de omissão (se genérica ou específica) para então definir a natureza da responsabilidade civil. Subjetiva se genérica, e objetiva se específica. Entendemos que essa última abordagem é a mais adequada, pois se o Estado tinha o dever específico de agir e não o fez, permitiu que o dano ocorresse, imputando-se a ele a mesma responsabilidade objetiva que seria aplicada se tivesse praticado um ato comissivo. Ademais, esse tipo de entendimento é um instrumento eficaz no combate à ineficiência do Poder Público na efetivação de seus deveres constitucionais.

Considerando o elevado número de ações que versam sobre a responsabilização do Estado por atos omissivos, fruto da enorme abrangência dos deveres do ente público para com o cidadão, tem sido suscitada a teoria da reserva do possível em situações extremas, quando o Estado não dispõe de recursos financeiros ou materiais suficientes, como excludente de ilicitude. A questão enseja interessantes debates, mas coadunamos com o posicionamento do STF, que alega ser possível invocar esta teoria apenas nos casos em que restar comprovada, objetivamente, a insuficiência de recursos e que esta não decorra de opções discricionárias do Poder Público.

Além desta última hipótese mencionada de afastamento da responsabilização, ao Estado é possível excluir o nexo causal, afastando a indenização obrigatória se restar comprovado a culpa exclusiva da vítima (quando ela mesma propicia o evento danoso), o fato de terceiro (o responsável pela conduta lesiva é pessoa diversa do aparente causador do dano), caso fortuito (fato danoso imprevisível) e força maior (fato danoso irresistível).

A responsabilidade objetiva por omissão assume especial relevância em relação aos eventos danosos sofridos pelos entes que estão sob a tutela estatal. Considerando especificamente o caso dos presidiários, sobre eles incide uma grande responsabilidade do Estado em zelar por sua integridade e seus direitos. A Carta Magna de 1988 houve por bem conferir especial atenção ao cidadão-presos, assegurando-lhes uma proteção especial e justa, consignada no o artigo 5º inciso XLIX, o respeito à sua integridade física e moral, assim como o inciso XLVII do mesmo artigo 5º, que proíbe as penas cruéis.

Além das garantias constitucionais, foram conferidos aos detentos um rol de direitos e deveres pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), visando proporcionar condições para sua harmônica integração social. Contudo, da análise do contexto fático dos complexos penitenciários, tem-se constatado que a LEP não tem atendido devidamente aos objetivos a que se propõe. Ocorre uma burocratização do sistema de concessão de benefícios que se mostra ineficiente. Além disso, a citada lei estabeleceu um regime disciplinar diferenciado (RDD), nos termos do artigo 52, que tem sido contestado sob alegação de violação do inciso XLVII do artigo 5º, que proíbe as penas cruéis.

A estrutura do sistema carcerário encontra-se falida, não atendendo aos objetivos a que se propõe. A precariedade e as condições subumanas constituem o traço característico desses complexos prisionais. O ambiente dentro dos estabelecimentos penitenciários propicia o comportamento suicida, frente ao esvaziamento dos direitos e garantias dos detentos. Dessa forma, é imperativo ao ente público impedir que aqueles que estão sob sua custódia, dentro desses estabelecimentos, tenham acesso a qualquer meio que possibilite o suicídio.

Assentada a forma como os direitos e garantias dos detentos têm sido tratada, analisamos a maneira como a jurisprudência das instâncias superiores têm se posicionado quanto à questão do suicídio de detentos no interior dos presídios.

O STJ, já formalizando sua linha jurisprudencial, elaborou informativo de jurisprudência (Informativo nº 520 de 12 de junho de 2013), visando assentar a responsabilização civil do Estado para esses casos, seguindo a linha de raciocínio que vinha sendo usualmente tomada nas decisões do Tribunal. O entendimento é o mesmo adotado para morte de detento por terceiro, no qual se entende que o Estado tem o dever de zelar pela integridade física daqueles que estão sob sua custódia.

Defendemos que este é o raciocínio correto. As procuradorias dos estados, visando eximir o ente público de sua responsabilização, têm pleiteado a exclusão da responsabilização do ente estatal alegando culpa exclusiva da vítima. Entretanto, consoante o raciocínio empregado na teoria da causalidade adequada, e que se mostra mais razoável nessa hipótese, é do Estado a melhor oportunidade de evitar o evento danoso, pois o seu dever de zelar pela integridade física do detento é anterior a ocorrência da hipótese de exclusão da responsabilidade pela culpa exclusiva da vítima. Dessa forma, considerando tudo que se discorreu quanto ao modo como são tratados os direitos e garantias dos detentos, entendemos que o Estado deve ser responsabilizado objetivamente pelo suicídio de detentos. Ademais, não se pode olvidar que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. Seria injusto que o indivíduo, em posição de subordinação, tivesse que se empenhar para conquistar o direito à reparação de danos que, por sua vez, deveriam ter sido evitados pelo ente público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da Execução Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ADORNO, Rodrigo dos Santos. *Uma análise crítica à execução penal a partir de uma penitenciária no Rio Grande do Sul*. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=227>. Acessado em 15 de novembro de 2013.

ARAÚJO, Edimir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS RIBEIRO, Celso. *Curso de Direito Administrativo* 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001

BONAVIDES, Paulo e MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMARGO, Virginia. *Realidade do Sistema Prisional no Brasil*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 33, set 2006. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1299](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299)>. Acesso em dez 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COUTO DE CASTRO, Guilherme. *A Responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000

DEMARCHI, Lizandra Pereira. *Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, 9 setembro de 2008. Acessado em 10 de novembro de 2013

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.



GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, “Problemas da Responsabilidade Civil do Estado”. In FREITAS, Juarez (org). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosamaria. *Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEVERO, Sergio. *Tratado de Responsabilidade Pública*. São Paulo: Saraiva, 2009

